

Mohamed Ameerulla Khan *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent***INDEXED AS: R. v. KHAN****Neutral citation: 2001 SCC 86.**

File No.: 27395.

2000: December 12; 2001: December 7.

Present: McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Major, Binnie, Arbour and LeBel JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
MANITOBA

Criminal law — Appeals — Powers of court of appeal — Error of law — Miscarriage of justice — Curative proviso — Whether trial judge erred in refusing to order mistrial where jury was provided with transcripts containing submissions made in absence of jury — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(1).

After a trial before a judge and jury, the accused was convicted of the first degree murder of his wife. During the course of its deliberations, the jury requested transcripts of the pathologist's testimony. Approximately six and a half hours after the transcripts were delivered to the jury, defence counsel discovered that the copy of the transcript given to the jury inadvertently contained the record of matters discussed in the absence of the jury during a *voir dire*. As such matters should have been expunged, defence counsel moved for a mistrial on the basis that the proceedings had become tainted and the trial was unfair. The defence argued that the jury had learned that the accused had made comments that were ruled inadmissible. In the defence's view, the jury would speculate as to those comments and would draw an adverse inference against the accused. The trial judge denied the request for a mistrial. The offending transcripts were retrieved and the jury was provided with clean copies. The trial judge cautioned the jury that they were to rely solely on the evidence that was put before them. Once the jury returned a guilty verdict of first degree murder, the trial judge requested further submissions regarding the possibility of granting a mistrial. After submissions by both counsel, the trial judge again declined to declare a

Mohamed Ameerulla Khan *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée***RÉPERTORIÉ : R. c. KHAN****Référence neutre : 2001 CSC 86.**

N° du greffe : 27395.

2000 : 12 décembre; 2001 : 7 décembre.

Présents : Le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Major, Binnie, Arbour et LeBel.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

Droit criminel — Appels — Pouvoirs d'une cour d'appel — Erreur de droit — Erreur judiciaire — Disposition réparatrice — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en refusant d'annuler le procès alors que le jury avait reçu une transcription contenant des arguments présentés en l'absence du jury? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 686(1).

L'accusé a été déclaré coupable du meurtre au premier degré de son épouse au terme d'un procès devant juge et jury. Au cours de ses délibérations, le jury a demandé la transcription de la déposition du pathologiste. Environ six heures et demie après que la transcription eut été transmise au jury, l'avocat de la défense a découvert qu'elle contenait par mégarde le compte rendu de questions débattues en son absence au cours d'un *voir-dire*. Étant donné que ces questions auraient dû être supprimées, l'avocat de la défense a demandé l'annulation du procès au motif que la procédure était viciée et que le procès était inéquitable. La défense a fait valoir que le jury avait appris que l'accusé avait fait des commentaires jugés inadmissibles. Selon la défense, le jury émettrait des hypothèses concernant ces commentaires et tirerait une inférence défavorable à l'accusé. La juge du procès a rejeté la requête en annulation du procès. La transcription irrégulière a été retirée et des copies épurées ont été fournies au jury. La juge du procès a averti le jury qu'il ne devait se fier qu'à la preuve qui lui avait été soumise. Lorsque le jury a rendu un verdict de culpabilité pour meurtre au premier degré, la juge du procès a demandé aux parties de lui présenter des arguments supplémentaires sur la possibilité d'annuler le procès. Après avoir entendu

mistrial. The accused's appeal to the Court of Appeal was dismissed.

Held: The appeal should be dismissed.

Per McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Major, Binnie and Arbour JJ.: The question in this case is not whether the giving of the unedited transcripts to the jury was a miscarriage of justice or a procedural irregularity, but whether the trial judge made an error of law in refusing to declare a mistrial.

Apart from unreasonable verdict cases, most appeals against conviction are based on errors of law within the meaning of s. 686(1)(a)(ii) of the *Criminal Code*. In some cases, when the court has concluded that the error alleged was at most an error of mixed fact and law, it has characterized the issue as falling under s. 686(1)(a)(iii), that is, a miscarriage of justice. In such a case, further use of the proviso in s. 686(1)(b)(iii) is obviously precluded and the appeal must be allowed. The appeal in this case is entirely governed by the provisions of ss. 686(1)(a)(ii) and 686(1)(b)(iii). There are essentially two classes of errors that have led to a proper application of the curative proviso: "harmless errors", or errors of a minor nature having no impact on the verdict; and serious errors that would justify a new trial but for the fact that the evidence was so overwhelming that no substantial wrong or miscarriage of justice occurred despite the error. In every case, if the reviewing court concludes that the error led to a denial of a fair trial, the court may properly characterize the matter as one where there was a miscarriage of justice, in which case no remedial provision is available and the appeal must be allowed.

This case does not require an assessment of the overall strength of the Crown's case at trial. When asked to declare a mistrial, the trial judge was essentially asked whether it was likely that the exposure by the jury to the tainted transcripts could have affected the jury to the point that the entire trial was compromised and that no remedy other than a new trial was available. Read in full, the offending passage in the transcripts handed to the jury refers to several matters that were not in evidence when the argument took place in the absence of the jury. A fair assessment of the impact that the transcript could have had on the jury must be made on the assumption that the jury read the transcript and understood that counsel for the accused was concerned that the jury should not find out that his client had made statements that the court had ruled inadmissible. This is how the trial judge

les arguments des deux avocats, la juge du procès a de nouveau refusé d'annuler le procès. La Cour d'appel a rejeté l'appel interjeté par l'accusé.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Major, Binnie et Arbour : La question à trancher ne consiste pas à savoir si la communication au jury de la transcription non épurée constituait une erreur judiciaire ou une irrégularité de procédure, mais à déterminer si la juge du procès a commis une erreur de droit en refusant d'annuler le procès.

Abstraction faite des verdicts déraisonnables, la plupart des appels à l'encontre d'une déclaration de culpabilité sont fondés sur des erreurs de droit au sens du sous-al. 686(1)(a)(ii) du *Code criminel*. Dans certains cas, lorsque le tribunal a conclu que l'erreur reprochée constituait tout au plus une erreur mixte de fait et de droit, il a décrit la question comme visée par le sous-al. 686(1)(a)(iii), c'est-à-dire comme une erreur judiciaire. En pareil cas, il n'est évidemment pas possible de recourir à la disposition réparatrice énoncée au sous-al. 686(1)(b)(iii) et l'appel doit être accueilli. Ce sont les sous-al. 686(1)(a)(ii) et 686(1)(b)(iii) qui régissent entièrement le présent pourvoi. Il existe essentiellement deux catégories d'erreurs qui enclenchent, à bon droit, l'application de la disposition réparatrice : les « erreurs inoffensives », ou les erreurs négligeables qui n'ont aucune incidence sur le verdict; et les erreurs graves qui justifieraient la tenue d'un nouveau procès, si ce n'était que la preuve présentée est accablante au point qu'aucun tort important ni erreur judiciaire grave ne s'est produit malgré l'erreur. Dans tous les cas, si la cour d'appel conclut que l'erreur a privé l'accusé d'un procès équitable, elle peut à bon droit statuer qu'il y a eu erreur judiciaire; aucune disposition réparatrice ne s'applique alors et l'appel doit être accueilli.

La situation en l'espèce n'exige pas une appréciation de la valeur globale de la preuve présentée par le ministère public au procès. Lorsqu'on a demandé à la juge du procès de déclarer le procès nul, on lui a essentiellement demandé si le fait que le jury a été exposé à la transcription irrégulière a pu vraisemblablement l'influencer au point de compromettre le procès en entier et de ne laisser, à titre de réparation, que la possibilité de la tenue d'un nouveau procès. Lu en entier, le passage irrégulier figurant dans la transcription remise au jury renvoie à plusieurs questions qui ne faisaient pas partie de la preuve au moment où la discussion a eu lieu en l'absence du jury. Une évaluation objective de l'influence que la transcription a pu avoir sur les jurés doit reposer sur la présomption que ceux-ci ont lu la transcription et qu'ils ont compris que l'avocat de l'accusé craignait

approached the issue, and that is why she cautioned the jury as she did. She did not identify specifically the impugned passages, so as not to aggravate the damage, if any, but she clearly instructed the jury to disregard any references to matters that were not properly in evidence before them. The trial judge was obviously concerned with the effect and consequences of what had transpired and she took seriously the application for a mistrial. However, she made no error when she exercised her discretion to deny the motion for a mistrial, nor did she err in declining to enter a mistrial after the jury had returned its verdict. The trial judge was in a privileged position to assess the possible impact of the mishap on the jury, and the effectiveness of the sharp warning that she issued. There is no basis upon which it could be said that she was wrong in that judgment call. The information before the jury was at most an innuendo. Taking the case at its highest from the accused's point of view, the admonition issued by the trial judge to the jury was sufficient to remedy any ill effect that the unedited transcripts might have had on the jury. As the trial judge did not err in rejecting the motion for a mistrial, there is no need to turn to the proviso.

Per LeBel J.: The question before this Court is whether the conviction should be reversed because either an "error of law" or a "miscarriage of justice" has occurred and, if so, whether the curative proviso should be applied. In order for a verdict to be reversed under s. 686(1)(a)(ii) of the *Code*, it is not sufficient to demonstrate that a legal mistake has occurred. The judgment must have been based or possibly based on that mistake, so as to prejudice the accused. The other situations that may justify the intervention of a court of appeal fall into a residual category. Section 686(1)(a)(iii) refers to miscarriages of justice, which cover irregularities other than the errors of law mentioned in s. 686(1)(a)(ii) and which may have rendered the trial unfair or created the appearance of unfairness for the accused. Although ss. 686(1)(a)(ii) and 686(1)(a)(iii) are distinct, they are nevertheless closely related. Both involve situations where an irregularity has occurred during the course of the trial. Whether the defect at trial appears to have been an error of law or an irregularity falling within the residual category of miscarriage of justice, the circumstances must be considered to see if the error was merely peripheral or could have played a significant role in the legal validity of the verdict or rendered the trial unfair, in reality or in appearance. If the error of law could not have prejudiced the accused,

qu'ils apprennent que l'accusé avait fait des déclarations jugées inadmissibles par le tribunal. C'est ce que la juge du procès a compris et c'est pourquoi elle a mis le jury en garde comme elle l'a fait. Elle n'a pas précisé quels étaient les passages visés de manière à ne pas aggraver le préjudice, le cas échéant, mais elle a clairement demandé aux jurés de faire abstraction de toute mention d'une question qui ne leur avait pas été régulièrement soumise en preuve. La juge du procès s'inquiétait manifestement des conséquences de ce qui s'était passé et elle a pris au sérieux la requête en annulation du procès. Toutefois, elle n'a pas commis d'erreur en rejetant la requête dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire et elle n'a pas non plus commis d'erreur en refusant de déclarer le procès nul après le verdict du jury. La juge du procès se trouvait dans une position privilégiée pour évaluer l'impact possible de l'erreur sur le jury, de même que l'efficacité de sa mise en garde ferme. Aucun élément ne permet d'affirmer qu'elle a commis une erreur en rendant sa décision sur cette question. L'information révélée au jury constituait tout au plus une insinuation. En supposant le pire du point de vue de l'accusé, la mise en garde adressée au jury par la juge du procès suffisait à remédier à tout effet préjudiciable que la transcription non épurée aurait pu avoir sur le jury. Comme la juge du procès n'a pas commis d'erreur en rejetant la requête en annulation du procès, il n'y a pas lieu de s'interroger sur l'application de la disposition réparatrice.

Le juge LeBel : La Cour doit décider si la déclaration de culpabilité devrait être annulée du fait qu'une « erreur de droit » ou une « erreur judiciaire » est survenue et, dans l'affirmative, si la disposition réparatrice devrait s'appliquer. Pour qu'un verdict de culpabilité soit écarté par application du sous-al. 686(1)(a)(ii) du *Code*, il ne suffit pas de démontrer qu'une erreur de droit est survenue. Le jugement doit plutôt être fondé ou pouvoir être fondé sur cette erreur, de manière à causer un préjudice à l'accusé. Les autres situations susceptibles de justifier l'intervention d'une cour d'appel tombent dans une catégorie résiduelle. Le sous-alinéa 686(1)(a)(iii) renvoie à la notion d'erreur judiciaire, qui s'étend aux irrégularités qui sont distinctes des erreurs de droit mentionnées au sous-al. 686(1)(a)(ii) et qui ont pu rendre le procès inéquitable ou ont créé une apparence d'iniquité envers l'accusé. Quoique les sous-al. 686(1)(a)(ii) et 686(1)(a)(iii) soient distincts, ils demeurent étroitement liés. Ils visent tous les deux des situations dans lesquelles une irrégularité s'est produite au cours du procès. Que le vice entachant le procès paraisse constituer une erreur de droit ou une irrégularité relevant de la catégorie résiduelle de l'erreur judiciaire, il faut tenir compte des circonstances pour déterminer si l'erreur a pu jouer un rôle important quant à la validité du verdict, en droit, ou rendre le procès inéquitable, dans les faits ou en

the conviction will be upheld. Reaching a conclusion in that respect will require a balancing taking into account the circumstances of the case and, more particularly, the nature and impact of the error of law. In that regard, the analysis under s. 686(1)(a)(ii) may call upon similar considerations as under s. 686(1)(a)(iii).

An irregularity can be said to constitute a miscarriage of justice when the irregularity was severe enough to render the trial unfair or create the appearance of unfairness. Contrary to the analysis under the proviso, the emphasis is not so much on the final verdict and the overall strength of the evidence against the accused, but rather on the gravity of the irregularity and the effect it may have had on the fairness, or appearance of fairness, of the trial. The gravity of irregularities which may occur must inevitably be evaluated by courts on a case-by-case basis. This being said, certain elements can provide reference points in determining whether a miscarriage of justice has occurred. First, one should ask whether the irregularity pertained to a question that was central to the case against the accused. An irregularity that is related to a central point of the case is more likely to be fatal than one concerning a mere peripheral point. Second, the court of appeal should consider the relative gravity of the irregularity: how much influence it could have had on the verdict; the chances that the apprehended detrimental effect of the irregularity did in fact occur; and the likely severity of these detrimental effects on the accused's case. When the court considers the gravity of the error, it should also consider the possible cumulative effect of several irregularities during the trial. Third, one should be mindful of whether the trial was by jury or by a judge sitting alone. Sometimes, irregularities can have a more severe impact on the fairness of the trial when they occur during a trial before a judge and a jury. Fourth, one should ask whether the irregularity may have been remedied, in full or in part, at the trial. Fifth, the effect of the irregularity on the fairness of the trial and the appearance of fairness should be considered. Sixth, the attitude of defence counsel if and when he was confronted with the irregularity may have an impact. If defence counsel had an opportunity to object to the irregularity and failed to do so, this militates in favour of finding that the trial was not unfair.

The second stage of the analysis is the applicability of the curative proviso. In order to invoke s. 686(1)(b)(iii)

appearance, ou si elle n'a joué qu'un rôle accessoire. Si l'erreur de droit ne pouvait causer aucun préjudice à l'accusé, la déclaration de culpabilité sera maintenue. Pour tirer une conclusion à cet égard, il faut soupeser les circonstances de l'affaire et plus particulièrement la nature et les conséquences de l'erreur de droit. À cet égard, l'analyse effectuée en application du sous-al. 686(1)(a)(ii) fait parfois appel à des critères analogues à ceux applicables en vertu du sous-al. 686(1)(a)(iii).

On peut affirmer qu'une irrégularité constitue une erreur judiciaire lorsqu'elle est grave au point de rendre le procès inéquitable ou de créer une apparence d'iniquité. Contrairement à l'analyse qui prévaut en application de la disposition réparatrice, on ne met pas ici l'accent tant sur le verdict final et la valeur globale de la preuve produite contre l'accusé que sur la gravité de l'irrégularité et les conséquences de celle-ci sur l'équité ou sur l'apparence d'équité du procès. La gravité des irrégularités qui peuvent survenir doit inévitablement être appréciée par les tribunaux au cas par cas. Cela dit, certains éléments peuvent servir de points de référence sur la question de savoir si une erreur judiciaire a été commise. Premièrement, il faut se demander si l'irrégularité est liée à une question qui était cruciale quant à la preuve produite contre l'accusé. Une irrégularité liée à un aspect crucial de l'affaire est plus susceptible d'être fatale qu'une autre touchant un aspect purement accessoire. Deuxièmement, la cour d'appel devrait prendre en compte la gravité relative de l'irrégularité : Dans quelle mesure a-t-elle pu influencer le verdict? Quelle est la possibilité que l'effet préjudiciable redouté de l'irrégularité se soit effectivement produit? À quel point ces effets préjudiciables ont-ils pu nuire à la cause de l'accusé? Lorsqu'elle apprécie la gravité de l'erreur, la cour devrait également prendre en considération l'effet cumulatif éventuel de plusieurs irrégularités survenues au cours du procès. Troisièmement, il faut garder à l'esprit le fait qu'il s'agissait d'un procès devant jury ou devant un juge siégeant seul. Les irrégularités peuvent parfois avoir des conséquences plus graves sur l'équité du procès lorsqu'elles surviennent au cours d'un procès devant juge et jury. Quatrièmement, il faut se demander s'il a pu être remédié à l'irrégularité en tout ou en partie lors du procès. Cinquièmement, il faut tenir compte de la conséquence de l'irrégularité sur l'équité et sur l'apparence d'équité du procès. Sixièmement, l'attitude que l'avocat de la défense adopte en prenant connaissance de l'irrégularité, le cas échéant, peut jouer. Le fait que l'avocat de la défense a eu l'occasion de s'opposer à l'irrégularité et s'en est abstenu milite en faveur d'une conclusion portant que le procès n'était pas inéquitable.

Le deuxième volet de l'analyse concerne l'application de la disposition réparatrice. Pour se prévaloir du

successfully, the Crown must demonstrate that any reasonable judge or jury would have rendered the same verdict. Even though an important error of law could have influenced the decision, it would not be appropriate to reverse the conviction when the evidence is so overwhelming against the accused that it would inevitably lead to the same result. Similarly, when the court of appeal finds that the evidence against the accused would inevitably have led to the same result, it can uphold a conviction despite having found that a procedural irregularity not amounting to a miscarriage of justice had occurred. Regardless of whether the proviso is used to cure an error of law or a procedural irregularity not amounting to a miscarriage of justice, it may be used only when the conviction was inevitable.

The leak of the tainted transcript to the jury was certainly an error or an irregularity. This mistake does not seem to be in the nature of an error of law. The judge did not make a decision on a question of law that was among the bases of a conviction. The error was more akin to a procedural irregularity that happened by accident. Thus, as this case does not seem to fall squarely within the error of law category, this becomes a matter to be examined under the residual category of procedural irregularity. The irregularity did not amount to a miscarriage of justice. First, it did not relate to a point that was particularly central in law or in fact to the case against the accused. Second, the irregularity was not of significant importance. The fact that the trial was held before a judge and jury militates in favour of a finding of unfairness. However, all doubts concerning the unfairness or appearance of unfairness of the trial are put to rest when the remedy chosen by the judge when she realized that the tainted transcripts had been leaked to the jury is considered.

Since no miscarriage of justice occurred, it is unnecessary to examine whether the conviction could be saved under the curative proviso.

Cases Cited

By Arbour J.

Referred to: *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *R. v. Cloutier* (1988), 43 C.C.C. (3d) 35; *R. v. Bain*, [1992] 1 S.C.R. 91; *R. v. Fenton* (1984), 11 C.C.C. (3d) 109; *R. v. Karpinski*, [1957] S.C.R. 343; *R. v. Simons* (1976), 30 C.C.C. (2d) 162; *R. v. Sarazin* (1978), 39 C.C.C. (2d) 131; *R. v. Dwyer*, [1980] 1 S.C.R. 481, rev'g (1978), 42 C.C.C. (2d) 83; *Brodie v. The King*, [1936] S.C.R. 188; *R. v. Vallee*, [1969] 3 C.C.C. 293;

sous-al. 686(1*b*)(iii), le ministère public doit démontrer que tout juge ou jury raisonnable aurait rendu le même verdict. Même si une erreur de droit grave a pu influencer la décision, il ne conviendrait pas d'annuler la déclaration de culpabilité lorsque la preuve contre l'accusé est à ce point accablante qu'elle mènerait inévitablement au même résultat. De manière analogue, lorsque la cour d'appel estime que la preuve contre l'accusé aurait inévitablement mené au même résultat, elle peut confirmer la déclaration de culpabilité même en ayant conclu qu'une irrégularité de procédure n'équivalant pas à une erreur judiciaire s'est produite. Que la disposition réparatrice serve à remédier à une erreur de droit ou à une irrégularité de procédure n'équivalant pas à une erreur judiciaire, on ne peut y recourir que lorsque la déclaration de culpabilité était inévitable.

La divulgation de la transcription irrégulière au jury constituait assurément une erreur ou une irrégularité. Cette erreur ne semble pas être de la nature d'une erreur de droit. La juge n'a pas rendu une décision sur une question de droit fondant en partie la déclaration de culpabilité. Cette erreur s'apparentait davantage à une irrégularité procédurale de nature accidentelle. Comme le pourvoi ne relève pas clairement de la catégorie de l'erreur de droit, il doit être examiné en fonction de la catégorie résiduelle de l'irrégularité de procédure. L'irrégularité n'équivalait pas à une erreur judiciaire. Premièrement, elle ne se rapportait pas à un point particulièrement crucial, quant aux faits ou au droit, de la preuve produite contre l'accusé. Deuxièmement, l'irrégularité ne revêtait pas une importance particulière. Le fait que le procès a eu lieu devant juge et jury milite en faveur d'une conclusion d'iniquité. Toutefois, tout doute relatif à l'iniquité ou à l'apparence d'iniquité du procès s'estompe lorsque nous nous attardons à la réparation qu'a choisie la juge du procès après s'être rendu compte de la divulgation de la transcription irrégulière au jury.

Comme aucune erreur judiciaire n'a été commise, il n'est pas nécessaire de déterminer si la disposition réparatrice aurait permis de confirmer la déclaration de culpabilité.

Jurisprudence

Citée par le juge Arbour

Arrêts mentionnés : *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *R. c. Cloutier* (1988), 43 C.C.C. (3d) 35; *R. c. Bain*, [1992] 1 R.C.S. 91; *R. c. Fenton* (1984), 11 C.C.C. (3d) 109; *R. c. Karpinski*, [1957] R.C.S. 343; *R. c. Simons* (1976), 30 C.C.C. (2d) 162; *R. c. Sarazin* (1978), 39 C.C.C. (2d) 131; *R. c. Dwyer*, [1980] 1 R.C.S. 481, inf. (1978), 42 C.C.C. (2d) 83; *Brodie c. The King*, [1936] R.C.S. 188; *R. c. Vallee*, [1969] 3 C.C.C. 293;

R. v. Major, [1977] 1 S.C.R. 826; *R. v. Côté*, [1978] 1 S.C.R. 8; *Elliott v. The Queen*, [1978] 2 S.C.R. 393; *Kipp v. Attorney-General for Ontario*, [1965] S.C.R. 57; *R. v. Sheets*, [1971] S.C.R. 614; *R. v. Meunier*, [1966] S.C.R. 399; *R. v. Barrow*, [1987] 2 S.C.R. 694; *R. v. Rowbotham* (1988), 41 C.C.C. (3d) 1; *Korponay v. Attorney General of Canada*, [1982] 1 S.C.R. 41; *Trenholm v. Attorney-General of Ontario*, [1940] S.C.R. 301; *Doyle v. The Queen*, [1977] 1 S.C.R. 597; *R. v. Krannenburg*, [1980] 1 S.C.R. 1053; *R. v. Joinson* (1986), 32 C.C.C. (3d) 542; *Bell (Re)*, [1988] B.C.J. No. 1897 (QL); *Fanjoy v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 233; *R. v. B. (L.C.)* (1996), 104 C.C.C. (3d) 353; *R. v. Silvini* (1991), 68 C.C.C. (3d) 251; *R. v. Cameron* (1991), 64 C.C.C. (3d) 96; *Colpitts v. The Queen*, [1965] S.C.R. 739; *Wildman v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 311; *R. v. B. (F.F.)*, [1993] 1 S.C.R. 697; *R. v. Bevan*, [1993] 2 S.C.R. 599; *Chibok v. The Queen* (1956), 24 C.R. 354; *R. v. Tran*, [1994] 2 S.C.R. 951; *R. v. Jolivet*, [2000] 1 S.C.R. 751, 2000 SCC 29; *R. v. Stone*, [1999] 2 S.C.R. 290; *R. v. Ménard*, [1998] 2 S.C.R. 109; *R. v. Jacquard*, [1997] 1 S.C.R. 314; *R. v. Rockey*, [1996] 3 S.C.R. 829; *R. v. MacGillivray*, [1995] 1 S.C.R. 890; *R. v. Haughton*, [1994] 3 S.C.R. 516; *United Nurses of Alberta v. Alberta (Attorney General)*, [1992] 1 S.C.R. 901; *Gunn v. The Queen*, [1974] S.C.R. 273; *R. v. Klatt* (1994), 94 C.C.C. (3d) 147; *R. v. Wong* (1992), 12 B.C.A.C. 211; *R. v. S. (P.L.)*, [1991] 1 S.C.R. 909; *R. v. Nijjar*, [1998] 1 S.C.R. 320; *Alward v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 559; *Ambrose v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 717; *Dufresne v. La Reine*, [1988] R.J.Q. 38; *R. v. Welch* (1980), 5 Sask. R. 175.

By LeBel J.

Referred to: *R. v. Duke* (1985), 22 C.C.C. (3d) 217; *R. v. Watson* (1991), 4 B.C.A.C. 253; *R. v. Armstrong*, [1970] 1 C.C.C. 136; *R. v. R. (R.)* (1994), 91 C.C.C. (3d) 193; *Emkeit v. The Queen*, [1974] S.C.R. 133; *R. v. Paterson* (1998), 102 B.C.A.C. 200; *R. v. Cameron* (1991), 64 C.C.C. (3d) 96; *Fanjoy v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 233; *R. v. Joanisse* (1995), 102 C.C.C. (3d) 35; *R. v. Curragh Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 537; *R. v. Find*, [2001] 1 S.C.R. 863, 2001 SCC 32; *R. v. Carosella*, [1997] 1 S.C.R. 80; *R. v. G. (S.G.)*, [1997] 2 S.C.R. 716; *R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562; *R. v. Hertrich* (1982), 67 C.C.C. (2d) 510; *Olbey v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 1008; *Cathro v. The Queen*, [1956] S.C.R. 101; *R. v. Ferguson* (2000), 142 C.C.C. (3d) 353, rev'd [2001] 1 S.C.R. 281, 2001 SCC 6; *R. v. Martineau* (1986), 33 C.C.C. (3d) 573; *R. v. Lessard* (1992), 74 C.C.C. (3d) 552, [1992] R.J.Q. 1205; *R. v. Taillefer* (1995), 100 C.C.C. (3d) 1, 40 C.R. (4th) 287; *R. v. Siu* (1998), 124 C.C.C. (3d) 301; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Tobias*, [1997] 3 S.C.R. 391; *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411; *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670; *Imrich v. The*

R. c. Major, [1977] 1 R.C.S. 826; *R. c. Côté*, [1978] 1 R.C.S. 8; *Elliott c. La Reine*, [1978] 2 R.C.S. 393; *Kipp c. Attorney-General for Ontario*, [1965] R.C.S. 57; *R. c. Sheets*, [1971] R.C.S. 614; *R. c. Meunier*, [1966] R.C.S. 399; *R. c. Barrow*, [1987] 2 R.C.S. 694; *R. c. Rowbotham* (1988), 41 C.C.C. (3d) 1; *Korponay c. Procureur général du Canada*, [1982] 1 R.C.S. 41; *Trenholm c. Attorney-General of Ontario*, [1940] R.C.S. 301; *Doyle c. La Reine*, [1977] 1 R.C.S. 597; *R. c. Krannenburg*, [1980] 1 R.C.S. 1053; *R. c. Joinson* (1986), 32 C.C.C. (3d) 542; *Bell (Re)*, [1988] B.C.J. No. 1897 (QL); *Fanjoy c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 233; *R. c. B. (L.C.)* (1996), 104 C.C.C. (3d) 353; *R. c. Silvini* (1991), 68 C.C.C. (3d) 251; *R. c. Cameron* (1991), 64 C.C.C. (3d) 96; *Colpitts c. The Queen*, [1965] R.C.S. 739; *Wildman c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 311; *R. c. B. (F.F.)*, [1993] 1 R.C.S. 697; *R. c. Bevan*, [1993] 2 R.C.S. 599; *Chibok c. The Queen* (1956), 24 C.R. 354; *R. c. Tran*, [1994] 2 R.C.S. 951; *R. c. Jolivet*, [2000] 1 R.C.S. 751, 2000 CSC 29; *R. c. Stone*, [1999] 2 R.C.S. 290; *R. c. Ménard*, [1998] 2 R.C.S. 109; *R. c. Jacquard*, [1997] 1 R.C.S. 314; *R. c. Rockey*, [1996] 3 R.C.S. 829; *R. c. MacGillivray*, [1995] 1 R.C.S. 890; *R. c. Haughton*, [1994] 3 R.C.S. 516; *United Nurses of Alberta c. Alberta (Procureur général)*, [1992] 1 R.C.S. 901; *Gunn c. La Reine*, [1974] R.C.S. 273; *R. c. Klatt* (1994), 94 C.C.C. (3d) 147; *R. c. Wong* (1992), 12 B.C.A.C. 211; *R. c. S. (P.L.)*, [1991] 1 R.C.S. 909; *R. c. Nijjar*, [1998] 1 R.C.S. 320; *Alward c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 559; *Ambrose c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 717; *Dufresne c. La Reine*, [1988] R.J.Q. 38; *R. c. Welch* (1980), 5 Sask. R. 175.

Citée par le juge LeBel

Arrêts mentionnés : *R. c. Duke* (1985), 22 C.C.C. (3d) 217; *R. c. Watson* (1991), 4 B.C.A.C. 253; *R. c. Armstrong*, [1970] 1 C.C.C. 136; *R. c. R. (R.)* (1994), 91 C.C.C. (3d) 193; *Emkeit c. La Reine*, [1974] R.C.S. 133; *R. c. Paterson* (1998), 102 B.C.A.C. 200; *R. c. Cameron* (1991), 64 C.C.C. (3d) 96; *Fanjoy c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 233; *R. c. Joanisse* (1995), 102 C.C.C. (3d) 35; *R. c. Curragh Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 537; *R. c. Find*, [2001] 1 R.C.S. 863, 2001 CSC 32; *R. c. Carosella*, [1997] 1 R.C.S. 80; *R. c. G. (S.G.)*, [1997] 2 R.C.S. 716; *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562; *R. c. Hertrich* (1982), 67 C.C.C. (2d) 510; *Olbey c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 1008; *Cathro c. The Queen*, [1956] R.C.S. 101; *R. c. Ferguson* (2000), 142 C.C.C. (3d) 353, inf. par [2001] 1 R.C.S. 281, 2001 CSC 6; *R. c. Martineau*, [1986] A.Q. n° 2049 (QL); *Lessard c. La Reine*, [1992] R.J.Q. 1205; *R. c. Taillefer* (1995), 40 C.R. (4th) 287; *R. c. Siu* (1998), 124 C.C.C. (3d) 301; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Tobias*, [1997] 3 R.C.S. 391; *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670; *Imrich c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 622;

Queen, [1978] 1 S.C.R. 622; *Lewis v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 821; *R. v. Jacquard*, [1997] 1 S.C.R. 314; *R. v. Arcangioli*, [1994] 1 S.C.R. 129; *R. v. G.D.B.*, [2000] 1 S.C.R. 520, 2000 SCC 22; *R. v. Terceira* (1998), 123 C.C.C. (3d) 1, aff'd [1999] 3 S.C.R. 866; *R. v. P. (G.)* (1996), 112 C.C.C. (3d) 263; *R. v. Chambers*, [1990] 2 S.C.R. 1293; *R. v. Brooks*, [2000] 1 S.C.R. 237, 2000 SCC 11; *R. v. Cleghorn*, [1995] 3 S.C.R. 175; *R. v. Bevan*, [1993] 2 S.C.R. 599; *R. v. S. (P.L.)*, [1991] 1 S.C.R. 909; *Meunier v. The Queen* (1965), 48 C.R. 14, aff'd [1966] S.C.R. 399; *R. v. Cloutier* (1988), 43 C.C.C. (3d) 35; *R. v. Simard* (1989), 36 Q.A.C. 74; *R. v. Fabre* (1990), 46 Q.A.C. 133; *R. v. Deyardin* (1997), 119 C.C.C. (3d) 365, [1997] R.J.Q. 2367; *Primeau v. La Reine*, [2000] R.J.Q. 696; *Taillefer v. La Reine*, [1989] R.J.Q. 2023.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 440.1 [now s. 485].
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(1) [am. c. 27 (1st Supp.), s. 145; am. 1991, c. 43, s. 9 (Sch., item 8)].
Criminal Law Amendment Act, 1985, R.S.C. 1985, c. 27 (1st Supp.), s. 145.

Authors Cited

Béliveau, Pierre, et Martin Vaclair. *Traité général de preuve et de procédure pénales*, 8^e éd. Montréal: Thémis, 2001.
 Cohen, Stanley A. "Controlling the Trial Process: The Judge and the Conduct of Trial" (1977), 36 C.R.N.S. 15.
 Ewaschuk, E. G. *Criminal Pleadings & Practice in Canada*, vol. 2, 2nd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1987 (loose-leaf updated August 2001, release 49).
 McKinnon, Gil D. *The Criminal Lawyers' Guide to Appellate Court Practice*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1997.
 Mewett, Alan W. "No Substantial Miscarriage of Justice". In Anthony N. Doob and Edward L. Greenspan, eds., *Perspectives in Criminal Law*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1985, 81.
 Price, Ronald R., and Paula W. Mallea. "'Not by Words Alone': Criminal Appeals and the No Substantial Wrong or Miscarriage of Justice Rule". In Vincent M. Del Buono, ed., *Criminal Procedure in Canada*. Toronto: Butterworths, 1982, 453.

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal (1999), 138 Man. R. (2d) 23, 202 W.A.C. 23, [1999] 10 W.W.R. 207, 136 C.C.C. (3d) 391,

Lewis c. La Reine, [1979] 2 R.C.S. 821; *R. c. Jacquard*, [1997] 1 R.C.S. 314; *R. c. Arcangioli*, [1994] 1 R.C.S. 129; *R. c. G.D.B.*, [2000] 1 R.C.S. 520, 2000 CSC 22; *R. c. Terceira* (1998), 123 C.C.C. (3d) 1, conf. par [1999] 3 R.C.S. 866; *R. c. P. (G.)* (1996), 112 C.C.C. (3d) 263; *R. c. Chambers*, [1990] 2 R.C.S. 1293; *R. c. Brooks*, [2000] 1 R.C.S. 237, 2000 CSC 11; *R. c. Cleghorn*, [1995] 3 R.C.S. 175; *R. c. Bevan*, [1993] 2 R.C.S. 599; *R. c. S. (P.L.)*, [1991] 1 R.C.S. 909; *Meunier c. The Queen* (1965), 48 C.R. 14, conf. par [1966] R.C.S. 399; *R. c. Cloutier* (1988), 43 C.C.C. (3d) 35; *R. c. Simard* (1989), 36 Q.A.C. 74; *R. c. Fabre* (1990), 46 Q.A.C. 133; *Bombiski-Deyardin c. La Reine*, [1997] R.J.Q. 2367; *Primeau c. La Reine*, [2000] R.J.Q. 696; *Taillefer c. La Reine*, [1989] R.J.Q. 2023.

Lois et règlements cités

Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 440.1 [maintenant l'art. 485].
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 686(1) [mod. ch. 27 (1^{er} suppl.), art. 145; mod. 1991, ch. 43, art. 9 (Ann., art. 8)].
Loi de 1985 modifiant le droit pénal, L.R.C. 1985, ch. 27 (1^{er} suppl.), art. 145.

Doctrine citée

Béliveau, Pierre, et Martin Vaclair. *Traité général de preuve et de procédure pénales*, 8^e éd. Montréal: Thémis, 2001.
 Cohen, Stanley A. « Controlling the Trial Process : The Judge and the Conduct of Trial » (1977), 36 C.R.N.S. 15.
 Ewaschuk, E. G. *Criminal Pleadings & Practice in Canada*, vol. 2, 2nd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1987 (loose-leaf updated August 2001, release 49).
 McKinnon, Gil D. *The Criminal Lawyers' Guide to Appellate Court Practice*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1997.
 Mewett, Alan W. « No Substantial Miscarriage of Justice ». In Anthony N. Doob and Edward L. Greenspan, eds., *Perspectives in Criminal Law*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1985, 81.
 Price, Ronald R., et Paula W. Mallea. « "Pas seulement avec des mots" : La règle concernant le doute raisonnable et l'absence de tort important ou d'erreur judiciaire grave dans les décisions des cours d'appel canadiennes en droit pénal ». Dans Vincent M. Del Buono, dir., *Procédure pénale au Canada*. Montréal: Wilson & Lafleur, 1983, 521.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba (1999), 138 Man. R. (2d) 23, 202 W.A.C. 23, [1999] 10 W.W.R. 207, 136 C.C.C. (3d) 391,

[1999] M.J. No. 278 (QL), dismissing the accused's appeal from his conviction for first degree murder. Appeal dismissed.

Martin D. Glazer, for the appellant.

Richard A. Saull, for the respondent.

The judgment of McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Major, Binnie and Arbour JJ. was delivered by

ARBOUR J. —

I. Introduction

1 My colleague Justice LeBel has reviewed the relevant facts in his reasons. I only find it necessary to expand slightly on the facts surrounding the central issue before us in this appeal.

2 A few hours after the jury began its deliberations in this murder case, it requested transcripts of proceedings to review the evidence of certain witnesses. Neither counsel nor the trial judge realized at that time that the transcripts in question had not been edited to delete submissions that had been made in the absence of the jury. The jury was in possession of these unedited transcripts for approximately six and a half hours until defence counsel became aware of the content of the transcripts and informed the court of the problem.

3 The jury was provided with a total of approximately 350 pages containing the evidence of four different witnesses. In an early portion of the transcripts, in the course of the direct examination of Dr. MacDonald, defence counsel indicated that he had certain objections to make and that it should be dealt with in the absence of the jury. The record then indicates that the jury was asked to retire. Immediately after that entry, the transcript reveals as follows:

THE COURT: Yes. Was that your concern?

[1999] M.J. No. 278 (QL), rejetant l'appel interjeté par l'accusé à l'encontre de sa déclaration de culpabilité pour meurtre au premier degré. Pourvoi rejeté.

Martin D. Glazer, pour l'appellant.

Richard A. Saull, pour l'intimée.

Version française du jugement du juge en chef McLachlin et des juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Major, Binnie et Arbour rendu par

LE JUGE ARBOUR —

I. Introduction

Dans ses motifs, mon collègue le juge LeBel a fait un examen des faits pertinents. Seules quelques précisions sur les faits concernant la question qui est au cœur du présent pourvoi me paraissent nécessaires.

Quelques heures après le début de ses délibérations dans cette affaire de meurtre, le jury a demandé la transcription d'une partie de la preuve afin d'examiner certains témoignages. À ce moment, ni les avocats ni la juge du procès ne se sont rendu compte que la transcription n'avait pas été révisée pour en supprimer les arguments présentés en l'absence du jury. Le jury a eu cette version entre les mains pendant environ six heures et demie, jusqu'à ce que l'avocat de la défense prenne connaissance du contenu de la transcription et informe la cour du problème.

En tout, le jury a reçu environ 350 pages contenant la preuve offerte par quatre témoins différents. On apprend vers le début de la transcription que, lors de l'interrogatoire principal du D^r MacDonald, l'avocat de la défense a indiqué qu'il avait certaines réserves à exprimer et qu'il valait mieux en traiter en l'absence du jury. Le dossier indique qu'on a alors demandé au jury de se retirer. Immédiatement après cette mention, la transcription révèle ce qui suit :

[TRADUCTION]

LA COUR : Oui. Était-ce votre crainte?

MR. GLAZER: No. My concern — I might as well deal with it now — is that I hope my friend isn't going to ask this witness to reveal hearsay that he relied on that has not been tendered as evidence in court because that would be inadmissible. For example, if certain photographs are not filed and the witness says he's basing his opinion on photographs that haven't been filed, that is inadmissible. If he says that he's basing his opinion based on temperature he believes was taken, but that temperature was not filed as an exhibit or tendered as evidence in the trial, then, the jury has to be told to disregard that.

THE COURT: That ultimately — I mean I don't know what is coming from the Crown, but certainly the doctor is entitled to say what it was that he used to form his opinion and if the underpinnings are not subsequently proven to support his opinion, that that's —

MR. GLAZER: I beg to disagree, My Lady. The law as I understand it is — for example, My Lady had ruled that certain comments by the accused are inadmissible. If the witness during the course of his testimony refers to those comments as forming the basis of some of his opinion, it would be grounds for a mistrial. He can only refer to what is before the jury; he can't refer to evidence that is not before the jury. [Emphasis added.]

Immediately after the transcripts were retrieved from the jury, defence counsel moved for a mistrial. On that occasion, he did not object in particular to the portion of the transcript quoted above. Rather, he referred to information on the *voir dire* that made reference to a prior trial. Having heard the submissions, the trial judge ruled as follows:

Well, at this stage of the proceedings, what I propose to do, and I appreciate your comments and I share the concern that you have expressed, but at the same time, we've gone to this stage, and what I propose to do is to bring the jury in and to indicate and not to red flag whose transcript and not to indicate what areas but simply to say that there were some matters in the transcripts that were not properly before them and ought not to form part of their consideration and to caution them on that and to indicate, again, that only evidence that was properly before them is to be considered; and, in addition, to indicate that we will keep all of the transcripts here until we're in a position

M^c GLAZER : Non. Ma crainte — autant l'exprimer tout de suite — est que j'espère que mon collègue ne demandera pas au témoin de révéler le oui-dire sur lequel il s'est fondé et qui n'a pas été produit en preuve, car ce serait inadmissible. Par exemple, si certaines photos n'ont pas été déposées et que le témoin affirme s'être fondé sur des photos qui n'ont pas été déposées, c'est inadmissible. S'il affirme que son opinion se fonde sur la température qu'il croit avoir été prise, mais que celle-ci n'a pas été produite comme pièce ou en preuve lors du procès, on doit alors aviser le jury qu'il doit en faire abstraction.

LA COUR : En définitive, cela — je veux dire, j'ignore ce que le ministère public a l'intention de faire, mais il est certainement loisible au médecin de révéler sur quels éléments repose son opinion, et si ces éléments ne sont pas prouvés par la suite à l'appui de son opinion que —

M^c GLAZER : Permettez-moi, votre Honneur, d'exprimer mon désaccord. Le droit prévoit, à ma connaissance — par exemple, votre Honneur avait statué que certains commentaires faits par l'accusé étaient inadmissibles. Si, lors de sa déposition, le témoin se réfère à ces commentaires comme fondant en partie son opinion, il y aurait là un motif d'annulation du procès. Il ne peut se référer qu'aux éléments soumis au jury; il ne peut se référer à un élément de preuve qui n'a pas été soumis au jury. [Je souligne.]

Dès que l'on a retiré la transcription remise au jury, l'avocat de la défense a présenté une requête en annulation du procès, mais il ne s'est pas opposé en particulier à l'extrait reproduit ci-dessus. Il a plutôt mentionné des renseignements contenus au voir-dire, qui faisaient allusion à un procès antérieur. Après avoir entendu les arguments, la juge du procès a rendu la décision suivante :

[TRADUCTION] Bien, à cette étape-ci de l'instance, ce que je vous propose de faire, et j'apprécie vos commentaires et je partage les réserves que vous avez exprimées, mais en même temps nous en sommes à cette étape, donc je vous propose de ramener les jurés ici et de leur indiquer — sans pointer le témoignage ni préciser les extraits en cause — mais simplement de leur dire que les transcriptions contiennent certaines questions qui ne leur ont pas été soumises de façon appropriée et qu'ils ne devraient pas en tenir compte. Il me faudra également les mettre en garde à cet égard et leur indiquer, une fois de plus, que seule la preuve qui leur a été soumise de façon appropriée doit être prise en compte; leur indiquer, aussi,

to provide them with clean copies of exactly what was before them.

5 After the jury returned a verdict of guilty the trial judge asked the jury to retire so she could talk to counsel alone. After the jury left, the judge indicated that before formally recording the verdict, she wanted to raise the matter of the transcripts that were sent inadvertently to the jury during their deliberations. She said that she was still entertaining the possibility of declaring a mistrial at this stage and would like to hear the submissions of counsel on that issue. In the course of these submissions, defence counsel referred to the passage quoted above as an indication that the jury could only have assumed that his client had made a confession “or something of that nature”. Having heard the submissions, the trial judge concluded that she was not certain that she had jurisdiction to declare a mistrial after a verdict had been rendered by the jury. Then, she indicated “with some reluctance” that she would bring the jury back. At the request of the defence, the jury was polled and confirmed the verdict.

6 The issue before us is to characterize properly this ground of appeal, within the meaning of s. 686 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, and to decide how it should affect the ultimate disposition of the appeal.

7 In my view, if the unedited transcript mistake had not been detected until after the trial, it might have been possible to view this ground of appeal as falling under s. 686(1)(a)(iii). However, this matter was raised at trial, and the possibility of a mistrial was considered by the trial judge on two occasions. A proper characterization of the issue before us, in my opinion, is whether or not the trial judge made an error of law in refusing to declare a mistrial either when it was first requested of her, or after the verdict. If we find that an error of law was committed, we must then turn to the remedial proviso in s. 686(1)(b)(iii) and determine whether, notwithstanding the error, the appeal should be dismissed on the

que nous conserverons toutes les transcriptions ici jusqu’à ce que nous soyons en mesure de leur remettre des copies épurées dont le contenu correspond exactement à la preuve qui leur a été présentée.

Après que le jury eut rendu un verdict de culpabilité, la juge du procès a demandé au jury de se retirer pour qu’elle puisse s’adresser uniquement aux avocats. En l’absence du jury, la juge a indiqué qu’elle voulait, avant l’inscription formelle du verdict, soulever la question de la transcription que le jury avait reçue par mégarde au cours de ses délibérations. Elle a affirmé qu’elle envisageait encore la possibilité d’annuler le procès à cette étape et qu’elle aimerait entendre les arguments des avocats sur la question. L’avocat de la défense a alors mentionné le passage reproduit ci-dessus comme laissant croire que le jury n’avait pu faire autrement que supposer que son client avait fait un aveu [TRADUCTION] « ou quelque chose de cette nature ». Après avoir entendu les arguments, la juge du procès a conclu qu’elle n’était pas certaine d’avoir compétence pour annuler le procès une fois qu’un verdict avait été rendu par le jury. Elle a ensuite déclaré [TRADUCTION] « avec une certaine réticence » qu’elle rappellerait le jury. À la demande de la défense, on a demandé à chacun des jurés de faire connaître son verdict et le verdict initial a été confirmé.

Dans le présent pourvoi, il nous incombe de qualifier correctement ce moyen d’appel au regard de l’art. 686 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, et de décider quelle incidence il devrait avoir sur l’issue du pourvoi.

À mon sens, si l’erreur liée à la transcription non épurée n’avait été détectée qu’après le procès, il aurait peut-être été possible d’envisager ce moyen d’appel en application du sous-al. 686(1)(a)(iii). Cette question a toutefois été soulevée devant la juge du procès, qui a examiné à deux occasions la possibilité d’annuler le procès. À mon avis, la question en litige dans le présent pourvoi consiste à déterminer si la juge du procès a commis une erreur de droit en refusant de prononcer l’annulation du procès à la suite de la requête initiale ou après le verdict. Si nous arrivons à la conclusion qu’il y a eu erreur de droit, nous devons ensuite envisager l’application de la disposition réparatrice prévue

basis that no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred.

This method of analysis has been consistently followed by appellate courts and by this Court in determining the nature of errors that are alleged to have occurred at trial, and the proper remedial response mandated by the *Criminal Code*. This is also the approach that was followed by the Manitoba Court of Appeal in the present case.

In my view, the question in this case is not whether the giving of the unedited transcripts to the jury was a “miscarriage of justice” or a “procedural irregularity”. The question is whether or not the trial judge erred in law by not declaring a mistrial as a result of that occurrence. As a preliminary matter, I will therefore set out in more detail why, in my view, s. 686(1)(b)(iv) has no application here. I will then review the guiding principles in s. 686(1)(a)(ii) and 686(1)(b)(iii).

II. Relevant Statutory Provisions

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46

686. (1) On the hearing of an appeal against a conviction or against a verdict that the appellant is unfit to stand trial or not criminally responsible on account of mental disorder, the court of appeal

(a) may allow the appeal where it is of the opinion that

(i) the verdict should be set aside on the ground that it is unreasonable or cannot be supported by the evidence,

(ii) the judgment of the trial court should be set aside on the ground of a wrong decision on a question of law, or

(iii) on any ground there was a miscarriage of justice;

(b) may dismiss the appeal where

(i) the court is of the opinion that the appellant, although he was not properly convicted on a count

au sous-al. 686(1)(b)(iii) pour décider si, malgré l’erreur, il y a lieu de rejeter le pourvoi au motif qu’aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave ne s’est produit.

Les cours d’appel, de même que notre Cour, ont suivi cette méthode d’analyse de façon constante pour déterminer la nature des erreurs qui se seraient produites au cours du procès, ainsi que la réparation appropriée imposée par le *Code criminel*. C’est également la démarche que la Cour d’appel du Manitoba a adoptée en l’espèce.

À mon avis, dans le présent pourvoi, il ne s’agit pas de savoir si la communication au jury de la transcription non épurée constituait une « erreur judiciaire » ou une « irrégularité de procédure ». Il s’agit de savoir si la juge du procès a commis une erreur de droit en ne prononçant pas l’annulation du procès à la suite de l’incident. À titre préliminaire, j’expliquerai donc plus en détail la raison pour laquelle j’estime que le sous-al. 686(1)(b)(iv) ne s’applique pas en l’espèce. Je passerai ensuite en revue les principes directeurs édictés dans les sous-al. 686(1)(a)(ii) et 686(1)(b)(iii).

II. Les dispositions législatives pertinentes

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46

686. (1) Lors de l’audition d’un appel d’une déclaration de culpabilité ou d’un verdict d’inaptitude à subir son procès ou de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux, la cour d’appel :

a) peut admettre l’appel, si elle est d’avis, selon le cas :

(i) que le verdict devrait être rejeté pour le motif qu’il est déraisonnable ou ne peut pas s’appuyer sur la preuve,

(ii) que le jugement du tribunal de première instance devrait être écarté pour le motif qu’il constitue une décision erronée sur une question de droit,

(iii) que, pour un motif quelconque, il y a eu erreur judiciaire;

b) peut rejeter l’appel, dans l’un ou l’autre des cas suivants :

(i) elle est d’avis que l’appelant, bien qu’il n’ait pas été régulièrement déclaré coupable sur un chef

8

9

10

or part of the indictment, was properly convicted on another count or part of the indictment,

(ii) the appeal is not decided in favour of the appellant on any ground mentioned in paragraph (a),

(iii) notwithstanding that the court is of the opinion that on any ground mentioned in subparagraph (a)(ii) the appeal might be decided in favour of the appellant, it is of the opinion that no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred; or

(iv) notwithstanding any procedural irregularity at trial, the trial court had jurisdiction over the class of offence of which the appellant was convicted and the court of appeal is of the opinion that the appellant suffered no prejudice thereby;

III. Analysis

A. Section 686(1)(b)(iv) of the Criminal Code

11 Properly interpreted in accordance with the principles set out in *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, this subsection expands the remedial powers of courts of appeal by permitting the dismissal of appeals in case of any procedural irregularity previously perceived as having caused a loss of jurisdiction at trial, as long as the accused suffers no prejudice and as long as the trial court maintained its jurisdiction “over the class of offence[s]”. I agree with the analysis of the scope of the section provided by Goodman J.A. in *R. v. Cloutier* (1988), 43 C.C.C. (3d) 35 (Ont. C.A.), and adopted by Gonthier J. in *R. v. Bain*, [1992] 1 S.C.R. 91 (in dissent, with Iacobucci J. and McLachlin J., as she then was, concurring). In *Cloutier*, Goodman J.A. reviewed the legislative history of the provision and noted that it was first initiated in the House of Commons on February 7, 1984, to be eventually enacted and proclaimed into force on December 4, 1985. The section was first introduced in the House seven days after a January 31, 1984 judgment of the British Columbia Court of Appeal in *R. v. Fenton* (1984), 11 C.C.C. (3d) 109, which deplored the unavailability of curative provisions in the *Code* in the case of jurisdictional errors such as those caused by the accused having been even

d'accusation ou une partie de l'acte d'accusation, a été régulièrement déclaré coupable sur un autre chef ou une autre partie de l'acte d'accusation,

(ii) l'appel n'est pas décidé en faveur de l'appellant pour l'un des motifs mentionnés à l'alinéa a),

(iii) bien qu'elle estime que, pour un motif mentionné au sous-alinéa a)(ii), l'appel pourrait être décidé en faveur de l'appellant, elle est d'avis qu'aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave ne s'est produit,

(iv) nonobstant une irrégularité de procédure au procès, le tribunal de première instance était compétent à l'égard de la catégorie d'infractions dont fait partie celle dont l'appellant a été déclaré coupable et elle est d'avis qu'aucun préjudice n'a été causé à celui-ci par cette irrégularité;

III. Analyse

A. Le sous-alinéa 686(1)b)(iv) du Code criminel

Suivant l'interprétation qu'il convient de lui donner en conformité avec les principes énoncés dans l'arrêt *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, ce sous-alinéa élargit les pouvoirs des cours d'appel en matière de réparation en autorisant le rejet d'un appel fondé sur toute irrégularité de procédure, auparavant perçue comme donnant lieu à une perte de compétence au procès, pourvu que l'accusé ne subisse aucun préjudice et que le tribunal de première instance demeure compétent « à l'égard de la catégorie d'infractions ». Je souscris à l'analyse du juge Goodman de la Cour d'appel sur la portée de cette disposition dans *R. c. Cloutier* (1988), 43 C.C.C. (3d) 35 (C.A. Ont.), adoptée par le juge Gonthier dans *R. c. Bain*, [1992] 1 R.C.S. 91 (dissident, avec l'appui du juge Iacobucci et du juge McLachlin, maintenant Juge en chef). Dans l'arrêt *Cloutier*, le juge Goodman a fait un survol de l'historique législatif de cette disposition, indiquant qu'elle avait été déposée initialement à la Chambre des communes le 7 février 1984 et finalement adoptée et mise en vigueur le 4 décembre 1985. Son dépôt est survenu sept jours après le prononcé de l'arrêt *R. c. Fenton* (1984), 11 C.C.C. (3d) 109 de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, le 31 janvier 1984, qui déplorait que le *Code* ne prévoie aucun redressement dans le cas d'erreurs de

inadvertently excluded from small and sometimes uneventful portions of his trial.

Although Goodman J.A. suggested that the section might have been enacted in response to the line of cases leading to *Fenton*, *supra*, it is not clear to me that the section targeted exclusively the procedural irregularity caused by the absence of the accused during his trial. There were numerous other procedural irregularities in the criminal process which caused loss of jurisdiction over the person, if not over the offence with which the accused was charged. The real focus of the enactment of s. 686(1)(b)(iv) in 1985 seems to have been to put an end to the jurisprudence holding that procedural errors having caused a loss of jurisdiction in the trial courts could not be cured, even on appeal.

Indeed, prior to the enactment of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, criminal procedure was replete with complex decisions distinguishing between the various jurisdictional consequences of procedural errors, pre-trial, at trial and post-conviction. Such issues included: whether the expiration of a time limitation within which to prosecute an offence summarily provided a defence or caused a loss of jurisdiction (*R. v. Karpinski*, [1957] S.C.R. 343); issues of territorial jurisdiction (*R. v. Simons* (1976), 30 C.C.C. (2d) 162 (Ont. C.A.); *R. v. Sarazin* (1978), 39 C.C.C. (2d) 131 (P.E.I.S.C.)); jurisdictional challenges to the preliminary inquiry through prerogative writs, as well as challenges to the form of the information or indictment (*R. v. Dwyer*, [1980] 1 S.C.R. 481, rev'g (1978), 42 C.C.C. (2d) 83 (Ont. C.A.)); whether defective indictments could not or would not be cured on appeal (*Brodie v. The King*, [1936] S.C.R. 188); whether informations or indictments "disclos[ing] no offence known to the law" were curable on appeal (*R. v. Vallee*, [1969] 3 C.C.C. 293 (B.C.C.A.), at p. 295; *R. v. Major*, [1977] 1 S.C.R. 826; *R. v. Côté*, [1978] 1 S.C.R. 8, and *Elliott v. The Queen*, [1978] 2 S.C.R. 393); and, whether remedies such as prerogative writs and appeals were available to review rulings

compétence de la nature de celles découlant de l'exclusion de l'accusé, même par inadvertance, pendant de courtes parties de son procès, au cours desquelles il ne s'était parfois rien passé.

Même si le juge Goodman a laissé entendre que cette disposition avait peut-être été adoptée en réponse à la jurisprudence menant à l'arrêt *Fenton*, précité, il ne ressort pas clairement, à mon avis, que cette disposition visait exclusivement le cas de l'irrégularité de procédure découlant de l'absence de l'accusé à son procès. De nombreuses autres irrégularités de procédure dans le processus pénal entraînaient une perte de compétence sur la personne, voire sur l'infraction dont l'accusé était inculpé. Il semble que l'adoption du sous-al. 686(1)(b)(iv), en 1985, visait véritablement à mettre un terme à la jurisprudence voulant qu'on ne puisse remédier, même en appel, aux erreurs de procédure ayant causé la perte de compétence des tribunaux de première instance.

En effet, avant l'adoption de la *Charte canadienne des droits et libertés*, la procédure criminelle avait engendré une pléthore de décisions complexes établissant une distinction entre les diverses conséquences, sur le plan de la compétence, des erreurs de procédure commises avant l'instruction, au procès et à l'étape postérieure à la déclaration de culpabilité. Cette jurisprudence portait notamment sur les questions suivantes : la question de savoir si l'expiration du délai de prescription applicable à la poursuite d'une infraction par procédure sommaire constituait un moyen de défense ou entraînait une perte de compétence (*R. c. Karpinski*, [1957] R.C.S. 343); des questions de compétence territoriale (*R. c. Simons* (1976), 30 C.C.C. (2d) 162 (C.A. Ont.); *R. c. Sarazin* (1978), 39 C.C.C. (2d) 131 (C.S.Î.-P.-É.)); la question de la validité de l'enquête préliminaire, contestée pour des motifs de compétence par voie de brefs de prérogative, et la question de la forme de la dénonciation ou de l'acte d'accusation (*R. c. Dwyer*, [1980] 1 R.C.S. 481, inf. (1978), 42 C.C.C. (2d) 83 (C.A. Ont.)); la question de savoir si une juridiction d'appel pouvait ou devait remédier aux actes d'accusation défectueux (*Brodie c. The King*, [1936] R.C.S. 188); la question de savoir s'il peut être remédié en appel aux dénonciations ou actes

12

13

on the alleged improper form of the charge (*Kipp v. Attorney-General for Ontario*, [1965] S.C.R. 57. See also *R. v. Sheets*, [1971] S.C.R. 614.)

d'accusation [TRADUCTION] « ne révélant aucune infraction existant en droit » (*R. c. Vallee*, [1969] 3 C.C.C. 293 (C.A.C.-B.), p. 295; *R. c. Major*, [1977] 1 R.C.S. 826; *R. c. Côté*, [1978] 1 R.C.S. 8, et *Elliott c. La Reine*, [1978] 2 R.C.S. 393); la possibilité de recourir aux brefs de prérogative et à la procédure d'appel aux fins de l'examen des décisions relatives à la forme inappropriée de l'acte d'accusation (*Kipp c. Attorney-General for Ontario*, [1965] R.C.S. 57. Voir également *R. c. Sheets*, [1971] R.C.S. 614).

14

In addition to the cases dealing with the jurisdictional consequences of violating s. 650 of the *Criminal Code*, mandating the presence of the accused at trial (see *R. v. Meunier*, [1966] S.C.R. 399, and *R. v. Barrow*, [1987] 2 S.C.R. 694), there were many other procedural irregularities which were said to be of a jurisdictional nature — rather than mere “errors of law” — and as such raised the question of whether they could be remedied on appeal by the use of the proviso contained in s. 686(1)(b)(iii). (See for instance irregularities in jury selection, *R. v. Rowbotham* (1988), 41 C.C.C. (3d) 1 (Ont. C.A.), or the discussion of the effects of errors in the procedure by which the accused elected his mode of trial in *Korponay v. Attorney General of Canada*, [1982] 1 S.C.R. 41.) The matter was further complicated by the distinction drawn by the courts between loss of jurisdiction over the person of the accused, which could be subsequently remedied, and loss of jurisdiction over the offence, which could not (see *Trenholm v. Attorney-General of Ontario*, [1940] S.C.R. 301; *Doyle v. The Queen*, [1977] 1 S.C.R. 597; *R. v. Krannenburg*, [1980] 1 S.C.R. 1053).

Outre les décisions ayant examiné les conséquences, sur le plan de la compétence, d'une contravention à l'art. 650 du *Code criminel* qui exige que l'accusé soit présent au procès (voir *R. c. Meunier*, [1966] R.C.S. 399, et *R. c. Barrow*, [1987] 2 R.C.S. 694), de nombreuses autres irrégularités de procédure ont été qualifiées d'erreurs touchant la compétence — plutôt que de simples « erreurs de droit » — soulevant de ce fait la question de savoir s'il pouvait y être remédié en appel par le recours au sous-al. 686(1)(b)(iii). (Voir à titre d'exemple l'examen des irrégularités dans la sélection du jury, *R. c. Rowbotham* (1988), 41 C.C.C. (3d) 1 (C.A. Ont.), ou celui des conséquences découlant des erreurs commises dans le cadre de la procédure de choix du mode de procès par l'accusé dans *Korponay c. Procureur général du Canada*, [1982] 1 R.C.S. 41.) La question était d'autant plus complexe que les tribunaux faisaient une distinction entre la perte de compétence sur la personne de l'accusé, à laquelle il était possible de remédier, et la perte de compétence sur l'infraction, à laquelle il n'était pas possible de remédier (voir *Trenholm c. Attorney-General of Ontario*, [1940] R.C.S. 301; *Doyle c. La Reine*, [1977] 1 R.C.S. 597; *R. c. Krannenburg*, [1980] 1 R.C.S. 1053).

15

This question of incurable loss of jurisdiction was first addressed by Parliament in 1976 by the enactment of s. 440.1 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, which eventually, after further amendment, became the present s. 485. The original section cured only failures to comply with the *Code's* provisions on adjournments and remands, which were already a great source of “loss of jurisdiction”. Indeed, prior to the enactment of that provision, jurisdiction could be lost by remands for more

Le législateur s'est attaqué pour la première fois à la question de la perte irrémédiable de compétence en adoptant, en 1976, l'art. 440.1 du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, devenu l'art. 485 actuel à la suite d'une autre modification. La disposition initiale ne permettait de remédier qu'au défaut de se conformer aux dispositions du *Code* en matière d'ajournement et de remises, ce qui était déjà à l'époque une importante source de « perte de compétence ». En effet, avant l'adoption de l'art. 440.1,

than eight days without the accused's consent. Yet this Court in *Krannenburg*, *supra*, at p. 1056, held that the new section still could not cure a "[l]oss of jurisdiction over the offence". In 1985, in the same Bill enacting s. 686(1)(b)(iv), s. 440.1 was further amended to its present form. The parallels between s. 686(1)(b)(iv) and s. 485 of the *Criminal Code* were highlighted by Macfarlane J.A. in *R. v. Joinson* (1986), 32 C.C.C. (3d) 542 (B.C.C.A.), at p. 548, and by Shaw J. in *Bell (Re)*, [1988] B.C.J. No.1897 (QL) (S.C.). Section 485 now provides that jurisdiction over an offence is not lost by reason of the failure of the trial court to "act in the exercise of that jurisdiction at any particular time, or by reason of a failure to comply with any of the provisions of this Act respecting adjournments or remands".

In short, s. 686(1)(b)(iv) of the *Code* was enacted in the face of a body of case law that was becoming increasingly technical and complex and which had restricted considerably the possibility for appellate courts to conclude that an error at trial was not such that it required a setting aside of the verdict. This provision is rarely invoked, because procedural irregularities that result from an error of law, which is most of them, are properly dealt with under s. 686(1)(b)(iii) of the *Code*. Prior to the enactment of s. 686(1)(b)(iv) in 1985, some procedural irregularities, although they amounted to errors of law, had been ruled "jurisdictional" and courts had decided that they could therefore not be cured by the proviso since jurisdiction had been lost. In that context, it is clear that the new provision was not meant to deal with trivial procedural irregularities which in any event would have been curable under the proviso as long as they constituted errors of law. I agree with Goodman J.A. in *Cloutier* that s. 686(1)(b)(iv) was enacted to cure serious procedural irregularities, otherwise amounting to errors of law, in cases where under the then existing case law, jurisdiction over the person, but not over the offence, had been lost. I also agree with Goodman J.A. that under this new subparagraph, since the procedural irregularities in issue would have been serious ones, it is

les remises de plus de huit jours sans le consentement de l'accusé pouvaient entraîner une perte de compétence. Notre Cour a néanmoins statué dans l'arrêt *Krannenburg*, précité, p. 1056, que cette nouvelle disposition ne pouvait toujours pas remédier à une « perte de juridiction sur l'infraction ». En 1985, dans le projet de loi établissant aussi le sous-al. 686(1)(b)(iv), l'art. 440.1 a été modifié de nouveau pour arriver au libellé qu'on lui connaît aujourd'hui. Dans les arrêts *R. c. Joinson* (1986), 32 C.C.C. (3d) 542 (C.A.C.-B.), p. 548, et *Bell (Re)*, [1988] B.C.J. No. 1897 (QL) (C.S.), les juges Macfarlane et Shaw ont fait ressortir le parallèle entre le sous-al. 686(1)(b)(iv) et l'art. 485 du *Code criminel*. L'article 485 prévoit maintenant que la compétence du tribunal de première instance à l'égard d'une infraction n'est pas atteinte par le défaut « d'exercice de sa compétence ou du fait que certaines exigences en matière d'ajournement ou de renvoi n'ont pas été observées ».

Bref, le sous-al. 686(1)(b)(iv) du *Code* a été adopté à un moment où la jurisprudence devenait de plus en plus technique et complexe, et où elle en était venue à limiter considérablement la possibilité pour les cours d'appel de conclure qu'une erreur commise au procès ne justifiait pas l'annulation du verdict. Le recours à cette disposition est rare, car le sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code* permet de régler de façon appropriée les irrégularités de procédure résultant d'une erreur de droit, qui représentent la plupart des irrégularités de procédure. Avant l'adoption du sous-al. 686(1)(b)(iv) en 1985, certaines irrégularités de procédure, qui constituaient pourtant des erreurs de droit, ont été qualifiées d'irrégularités touchant la compétence et les tribunaux ont statué qu'on ne pouvait y remédier en recourant à la disposition réparatrice, parce qu'il y avait eu perte de compétence. Dans ce contexte, il est clair que la nouvelle disposition ne visait pas des irrégularités de procédure anodines qui, dans la mesure où elles constituaient des erreurs de droit, auraient pu de toute façon être corrigées par le recours à la disposition réparatrice. Je souscris à l'opinion exprimée par le juge Goodman dans l'arrêt *Cloutier*, selon laquelle le sous-al. 686(1)(b)(iv) a été adopté afin de remédier à de graves irrégularités de procédure, par ailleurs assimilables à des erreurs

appropriate to infer prejudice without requiring in every case that the accused demonstrate prejudice. The inference may of course be rebutted and the test of prejudice under that subsection should be the same as the no substantial wrong or miscarriage of justice, under s. 686(1)(b)(iii), which has been the subject of extensive pronouncement by this Court.

de droit, dans les cas où, selon la jurisprudence de l'époque, il y avait eu perte de compétence sur la personne, mais non sur l'infraction. Puisque la nouvelle disposition devait viser des irrégularités de procédure graves, j'estime, à l'instar du juge Goodman, qu'il convient d'inférer l'existence d'un préjudice, sans exiger dans tous les cas que l'accusé fasse la preuve d'un préjudice. Il va de soi que cette inférence pourra être réfutée; de plus, le critère d'évaluation du préjudice en application de ce sous-alinéa devrait être le même que celui servant à déterminer s'il s'est produit un tort important ou une erreur judiciaire grave au sens du sous-al. 686(1)(b)(iii), que notre Cour a abondamment examiné.

17

Finally, in my view, if an issue is raised on appeal that cannot be said to constitute an error of law, there is no access to the remedial provisions of s. 686(1)(b). In such a case, the court must determine whether the appeal should be allowed "on any ground [that] there was a miscarriage of justice" under s. 686(1)(a)(iii). If the error alleged is one of mixed fact and law, it may have to be dealt with under s. 686(1)(a)(iii) (see *Fanjoy v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 233). If an accused were to complain on appeal of having been deprived of the effective assistance of counsel, when the issue had not been raised at trial and therefore the trial judge had made no ruling on it, it could be said that no error of law is alleged, but that the appeal should be allowed on the ground that there was a miscarriage of justice (*R. v. B. (L.C.)* (1996), 104 C.C.C. (3d) 353 (Ont. C.A.); *R. v. Silvini* (1991), 68 C.C.C. (3d) 251 (Ont. C.A.)). In the same way, if the complaint on appeal was of improper contact between a juror and the accused discovered after the verdict (see *R. v. Cameron* (1991), 64 C.C.C. (3d) 96 (Ont. C.A.)), the ground of appeal would be based on s. 686(1)(a)(iii). In such cases, a finding of miscarriage of justice under s. 686(1)(a)(iii) cannot in my view be cured under any of the remedial provisions contained in s. 686(1)(b) and the appeal must be allowed.

Enfin, à mon avis, si une question soulevée en appel ne peut être considérée comme une erreur de droit, les dispositions réparatrices de l'al. 686(1)(b) ne peuvent être invoquées. Dans ce cas, le tribunal doit décider s'il y a lieu d'admettre l'appel parce « que, pour un motif quelconque, il y a eu erreur judiciaire » au sens du sous-al. 686(1)(a)(iii). On pourrait avoir recours au sous-al. 686(1)(a)(iii) si l'erreur reprochée porte sur une question mixte de fait et de droit (voir *Fanjoy c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 233). Si l'accusé se plaint en appel d'avoir été privé de l'assistance effective de son avocat, lorsque la question n'a pas été soulevée au procès et n'a donc pas été tranchée par le juge de première instance, on pourrait affirmer qu'aucune erreur de droit n'est soulevée, mais qu'il y a lieu d'accueillir l'appel parce qu'il y a eu erreur judiciaire (*R. c. B. (L.C.)* (1996), 104 C.C.C. (3d) 353 (C.A. Ont.); *R. c. Silvini* (1991), 68 C.C.C. (3d) 251 (C.A. Ont.)). De manière analogue, si un appelant invoque un contact inapproprié entre un juré et l'accusé, qui n'a été découvert qu'après le verdict (voir *R. c. Cameron* (1991), 64 C.C.C. (3d) 96 (C.A. Ont.)), le moyen d'appel reposera sur le sous-al. 686(1)(a)(iii). En pareilles circonstances, si la cour statue qu'il y a eu erreur judiciaire au sens du sous-al. 686(1)(a)(iii), elle ne peut, à mon avis, recourir à l'une des dispositions réparatrices de l'al. 686(1)(b) et elle doit accueillir l'appel.

In summary, when an error or irregularity of a procedural nature has occurred at trial, s. 686 provides that:

- If the procedural irregularity amounts to or is based on an error of law, it falls under ss. 686(1)(a)(ii) and 686(1)(b)(iii).
- If the procedural irregularity was previously (before 1985) classified as an irregularity causing a loss of jurisdiction: s. 686(1)(b)(iv) provides that this is no longer fatal to the conviction, and an analysis of prejudice must be undertaken, in accordance with the principles set out in s. 686(1)(b)(iii).
- If the procedural error did not amount to, or originate in an error of law, which is rare, s. 686(1)(a)(iii) applies and the reviewing court must determine whether a miscarriage of justice occurred. If so, there are no remedial provisions in s. 686(1)(b) that can cure such a defect, and the appeal must be allowed and either an acquittal entered or a new trial ordered.

There is no suggestion in this case that the handing of the unedited transcripts to the jury was an irregularity that triggered a loss of jurisdiction over the person of the accused. Therefore, in my opinion s. 686(1)(b)(iv) has no application. Rather, what the appellant alleges is that the trial judge erred in law in refusing to declare a mistrial. We must analyse this argument under the more common route of determining whether that refusal was an error, and if so, whether it is curable under the proviso in s. 686(1)(b)(iii).

B. Sections 686(1)(a)(ii) and 686(1)(b)(iii)

I must say at the outset that I disagree, with the greatest respect, with the interpretation that my colleague LeBel J. gives to s. 686(1)(a)(ii) which would restrict the concept of error of law to an error on which the judgment was or could have been based so as to prejudice the accused. I am not aware

En résumé, lorsqu'une erreur ou une irrégularité de nature procédurale survient au cours du procès, l'art. 686 prévoit ce qui suit :

- Si l'irrégularité de procédure est assimilable à une erreur de droit ou découle d'une erreur de droit, elle est régie par les sous-al. 686(1)(a)(ii) et 686(1)(b)(iii).
- Si l'irrégularité de procédure était antérieurement (avant 1985) considérée comme une irrégularité entraînant une perte de compétence : en vertu du sous-al. 686(1)(b)(iv), cette perte de compétence n'est désormais plus fatale à la déclaration de culpabilité et il faut procéder à une analyse du préjudice en conformité avec les principes énoncés au sous-al. 686(1)(b)(iii).
- Si l'erreur de procédure n'est pas assimilable à une erreur de droit ou ne tire pas son origine d'une telle erreur, ce qui est rare, le sous-al. 686(1)(a)(iii) s'applique et la cour d'appel doit déterminer s'il y a eu erreur judiciaire. Dans l'affirmative, l'al. 686(1)(b) ne peut corriger un tel vice et la cour doit accueillir l'appel, soit en rendant un verdict d'acquiescement, soit en ordonnant la tenue d'un nouveau procès.

En l'espèce, rien ne donne à penser que la remise au jury de la transcription non épurée constituait une irrégularité qui a entraîné une perte de compétence sur la personne de l'accusé. Je suis donc d'avis que le sous-al. 686(1)(b)(iv) ne s'applique pas. L'appellant soutient plutôt que la juge du procès a commis une erreur de droit en refusant de déclarer le procès nul. Nous devons analyser cet argument en utilisant la démarche plus courante consistant à déterminer si ce refus constituait une erreur et, le cas échéant, s'il est possible d'y remédier par application du sous-al. 686(1)(b)(iii).

B. Les sous-alinéas 686(1)(a)(ii) et 686(1)(b)(iii)

Je dois dire d'emblée que je ne peux, en toute déférence, souscrire à l'interprétation que mon collègue le juge LeBel a donnée du sous-al. 686(1)(a)(ii) et dont l'effet serait de limiter le concept d'erreur de droit à une erreur sur laquelle le jugement était fondé ou aurait pu être fondé, portant ainsi préjudice

of any authority which has restricted the concept of error of law in that fashion, and I am not persuaded that it is mandated by the textual reading of the section either in French or in English. In fact, in both languages, s. 686(1)(a) distinguishes between “verdict” and “judgment”. In s. 686(1)(a)(i), the *Code* provides that the appeal may be allowed if “the verdict should be set aside on the ground that it is unreasonable or cannot be supported by the evidence” (emphasis added). In French, the word “*verdict*” is used in that subparagraph.

21 In contrast, in s. 686(1)(a)(ii) the *Code* provides that the appeal may be allowed if “the judgment of the trial court should be set aside on the ground of a wrong decision on a question of law” (emphasis added). In French the word “*jugement*” is also used in that section.

22 In my opinion, even a textual interpretation supports the view that the judgment based on an error of law need not be linked to the final verdict but can be any decision, obviously having contributed to the ultimate verdict as they all do, that was an erroneous interpretation or application of the law.

23 I see no authority to support the notion that only errors of law containing an element of unfairness or prejudice would constitute errors of law in that context. The determination of whether the error of law was prejudicial to the accused, and if so to what extent, is an analysis traditionally reserved for, and rightly so, the remedial proviso in s. 686(1)(b)(iii), with the burden then appropriately placed on the Crown to satisfy the reviewing court that despite the error no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred.

24 I will only refer briefly to some of the abundant jurisprudence under s. 686 of the *Code* in order to establish the parameters of the application both of paras. (a) and (b) of s. 686(1). Nothing needs to be said in this case about s. 686(1)(a)(i), which outlines the power of the court of appeal to allow an

à l'accusé. Je ne connais aucune décision qui a ainsi limité le concept d'erreur de droit et je ne suis pas convaincue que c'est l'interprétation que commande le libellé de cette disposition, que ce soit dans sa version anglaise ou française. En fait, dans les deux versions, l'al. 686(1)a) distingue le « verdict » du « jugement ». Le sous-alinéa 686(1)a)(i) du *Code* prévoit que la cour d'appel peut admettre l'appel si « le verdict devrait être rejeté pour le motif qu'il est déraisonnable ou ne peut pas s'appuyer sur la preuve » (je souligne). Dans la version anglaise de ce sous-alinéa, on utilise le terme « *verdict* ».

Par contraste, le *Code* dispose au sous-al. 686(1)a)(ii) que la cour d'appel peut admettre l'appel si « le jugement du tribunal de première instance devrait être écarté pour le motif qu'il constitue une décision erronée sur une question de droit » (je souligne). La version anglaise de ce sous-alinéa contient également le terme « *judgment* ».

À mon sens, même une interprétation littérale étaye le point de vue selon lequel il n'est pas nécessaire que le jugement fondé sur une erreur de droit soit lié au verdict final; il peut s'agir de toute décision, ayant évidemment contribué au verdict final comme c'est toujours le cas, qui constitue une interprétation ou une application erronée du droit.

Je ne connais aucune source à l'appui de la notion que seules les erreurs de droit comportant un élément d'iniquité ou de préjudice sont susceptibles de constituer des erreurs de droit dans ce contexte. La question de savoir si l'erreur de droit a été préjudiciable à l'accusé et, le cas échéant, dans quelle mesure, se pose traditionnellement et à juste titre dans le cadre de l'application de la disposition réparatrice énoncée au sous-al. 686(1)b)(iii); il incombe alors à bon droit au ministère public de convaincre la cour d'appel que, malgré l'erreur, aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave ne s'est produit.

Pour établir les paramètres de l'application des al. a) et b) du par. 686(1), je me contenterai de mentionner brièvement certaines décisions parmi l'abondante jurisprudence portant sur l'art. 686 du *Code*. Il n'est pas nécessaire en l'espèce de traiter du sous-al. 686(1)a)(i), qui décrit le pouvoir de la

appeal on the basis that the verdict is unreasonable or cannot be supported by the evidence.

Apart from unreasonable verdict cases, it is fair to say that most matters that are brought as grounds of appeal against conviction in criminal cases are characterized as errors of law within the meaning of s. 686(1)(a)(ii). In some cases, when the court has concluded that the error alleged was not strictly speaking an error of law, but at most an error of mixed fact and law, it has characterized the issue as falling under s. 686(1)(a)(iii), that is, whether it was a miscarriage of justice. In such a case, further use of the proviso is obviously precluded and the appeal must be allowed. (See *Fanjoy, supra.*) As indicated earlier, I believe that the appeal in this case is entirely governed by the provisions of ss. 686(1)(a)(ii) and 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, and that ss. 686(1)(a)(iii) and 686(1)(b)(iv) are not engaged.

Most of the case law dealing with the nature of the error of law contemplated by s. 686(1)(a)(ii) arises in the context of the curative proviso which brings about an assessment of the nature and the seriousness of the error. There are essentially two classes of errors which have been identified by reviewing courts and which have led to a proper application of the proviso. The first category is that of so-called “harmless errors”, or errors of a minor nature having no impact on the verdict. The second category encompasses serious errors which would justify a new trial, but for the fact that the evidence adduced was seen as so overwhelming that the reviewing court concludes that there was no substantial wrong or miscarriage of justice.

In every case, if the reviewing court concludes that the error, whether procedural or substantive, led to a denial of a fair trial, the court may properly characterize the matter as one where there was a miscarriage of justice. In that case, no remedial provision

cour d’appel d’admettre un appel si elle estime que le verdict est déraisonnable ou ne peut s’appuyer sur la preuve.

Abstraction faite des verdicts déraisonnables, il est juste d’affirmer que la plupart des situations invoquées comme moyens d’appel à l’encontre d’une déclaration de culpabilité en matière pénale sont classées comme des erreurs de droit au sens du sous-al. 686(1)(a)(ii). Dans certains cas, lorsque le tribunal a conclu que l’erreur reprochée ne constituait pas une erreur de droit au sens strict, mais tout au plus une erreur mixte de fait et de droit, il a décrit la question comme visée par le sous-al. 686(1)(a)(iii), c’est-à-dire qu’il s’agissait de déterminer s’il y avait eu erreur judiciaire. En pareil cas, il n’est évidemment pas possible de recourir à la disposition réparatrice et l’appel doit être accueilli. (Voir *Fanjoy*, précité.) Comme je l’ai indiqué précédemment, j’estime que ce sont les sous-al. 686(1)(a)(ii) et 686(1)(b)(iii) du *Code criminel* qui régissent entièrement le présent pourvoi et que les sous-al. 686(1)(a)(iii) et 686(1)(b)(iv) ne s’appliquent pas.

La plupart des décisions sur la nature de l’erreur de droit visée par le sous-al. 686(1)(a)(ii) ont été rendues dans le contexte de l’application de la disposition réparatrice, qui donne lieu à une évaluation de la nature et de la gravité de l’erreur. Les cours d’appel ont relevé essentiellement deux catégories d’erreurs qui enclenchent, à bon droit, l’application de la disposition réparatrice. La première catégorie est celle des erreurs dites « erreurs inoffensives », ou des erreurs négligeables qui n’ont aucune incidence sur le verdict. La seconde catégorie englobe de graves erreurs qui justifieraient la tenue d’un nouveau procès, si ce n’était que la cour d’appel juge la preuve présentée accablante au point de conclure qu’aucun tort important ni erreur judiciaire grave ne s’est produit.

Dans tous les cas, si la cour d’appel conclut que l’erreur, de nature procédurale ou substantielle, a privé l’accusé d’un procès équitable, elle peut à bon droit statuer qu’il y a eu erreur judiciaire. Aucune disposition réparatrice ne s’applique alors et l’appel

25

26

27

is available and the appeal must be allowed. I will now examine these propositions in more detail.

28 This Court has enunciated on numerous occasions the proper test for the application of the curative proviso (see *Colpitts v. The Queen*, [1965] S.C.R. 739; *Wildman v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 311; *R. v. B. (F.F.)*, [1993] 1 S.C.R. 697; *R. v. Bevan*, [1993] 2 S.C.R. 599). It can only be applied where there is no “reasonable possibility that the verdict would have been different had the error . . . not been made” (*Bevan, supra*, at p. 617).

29 The jurisprudence reveals that the proviso will generally be applied, in accordance with the above principles, in two types of situations. A. W. Mewett has described the two possible approaches in “No Substantial Miscarriage of Justice”, in A. N. Doob and E. L. Greenspan, eds., *Perspectives in Criminal Law* (1985), 81, at p. 94:

What we see are again two fundamentally different views of the application of the proviso. One view proceeds on the basis of asking whether, absent the error or wrongly admitted evidence, the rest of the evidence is so overwhelming as to make the outcome of a retrial a virtual certainty; the other of asking whether, ignoring the rest of the evidence, the jury might have been influenced by the error or the wrongly admitted evidence.

On the one hand, appellate courts will maintain a conviction in spite of the errors of law where such errors were either minor in themselves or had no effect on the verdict and caused no prejudice to the accused. This accords with the original purpose of the section, as described early on by Taschereau J., writing for the majority of this Court, in *Chibok v. The Queen* (1956), 24 C.R. 354, at p. 359:

It would indeed be a shocking impediment to the proper administration of criminal justice, if criminals were allowed to go free because of a trivial error in law or of an oversight of no material consequence. [Emphasis added.]

As stated by Lamer C.J., for the Court, in *R. v. Tran*, [1994] 2 S.C.R. 951, at p. 1008, “[s]ection

doit être accueilli. J’examinerai maintenant ces propositions de façon plus détaillée.

Notre Cour a énoncé à plusieurs reprises le critère d’application de la disposition réparatrice (voir *Colpitts c. The Queen*, [1965] R.C.S. 739; *Wildman c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 311; *R. c. B. (F.F.)*, [1993] 1 R.C.S. 697; *R. c. Bevan*, [1993] 2 R.C.S. 599). Ce critère ne peut s’appliquer que lorsqu’il n’existe aucune « possibilité raisonnable que le verdict eût été différent en l’absence de l’erreur » (*Bevan, précité*, p. 617).

La jurisprudence révèle qu’en règle générale la disposition réparatrice s’appliquera, conformément aux principes énoncés précédemment, dans deux types de situations. A. W. Mewett a décrit les deux démarches possibles dans « No Substantial Miscarriage of Justice », dans A. N. Doob et E. L. Greenspan, dir., *Perspectives in Criminal Law* (1985), 81, p. 94 :

[TRADUCTION] Nous constatons encore deux points de vue diamétralement opposés quant à l’application de la disposition. L’un pose la question de savoir si, en l’absence de l’erreur ou de la preuve admise à tort, le reste de la preuve est à ce point accablante qu’elle rend l’issue du nouveau procès quasi certaine; l’autre soulève la question de savoir si, abstraction faite du reste de la preuve, le jury aurait pu être influencé par l’erreur ou par la preuve admise à tort.

Les cours d’appel confirmeront une déclaration de culpabilité, malgré les erreurs de droit, lorsque celles-ci sont en soi négligeables ou n’ont eu aucune incidence sur le verdict et n’ont causé aucun préjudice à l’accusé. Cette pratique est compatible avec l’objet initial de la disposition que le juge Taschereau, s’exprimant au nom des juges majoritaires de notre Cour dans *Chibok c. The Queen* (1956), 24 C.R. 354, a décrit dès le début de la manière suivante à la p. 359 :

[TRADUCTION] En permettant la libération des criminels pour une erreur de droit négligeable ou pour une omission ne portant pas à conséquence, on entraverait scandaleusement la bonne administration de la justice en matière pénale. [Je souligne.]

Pour reprendre les propos tenus par le juge en chef Lamer au nom de la Cour dans *R. c. Tran*, [1994] 2

686(1)(b)(iii) is designed to avoid the necessity of setting aside a conviction for minor or ‘harmless’ errors of law where the Crown can establish that no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred.”

The case law is replete with examples of situations where either the triviality of the error itself, or the lack of prejudice caused by a more serious error of law, justified the application of the curative proviso (see *R. v. Jolivet*, [2000] 1 S.C.R. 751, 2000 SCC 29; *R. v. Stone*, [1999] 2 S.C.R. 290; *R. v. Ménard*, [1998] 2 S.C.R. 109; *R. v. Jacquard*, [1997] 1 S.C.R. 314; *R. v. Rockey*, [1996] 3 S.C.R. 829; *R. v. MacGillivray*, [1995] 1 S.C.R. 890; *R. v. Haughton*, [1994] 3 S.C.R. 516; *United Nurses of Alberta v. Alberta (Attorney General)*, [1992] 1 S.C.R. 901; *Gunn v. The Queen*, [1974] S.C.R. 273; *Chibok, supra*; *R. v. Klatt* (1994), 94 C.C.C. (3d) 147 (Alta. C.A.); *R. v. Wong* (1992), 12 B.C.A.C. 211). In all those cases, the appellate courts were convinced that the error could have had no effect on the verdict. Because of the nature of the errors and of the issues with respect to which they were made, it was possible to trace their effect on the verdict and ensure that they made no difference. Generally, the errors concerned evidence that was insignificant to the determination of guilt or innocence (*Gunn, supra*; *Wong, supra*; *United Nurses, supra*; *Klatt, supra*) or benefited the accused by imposing a more onerous standard on the Crown (*MacGillivray, supra*; *Haughton, supra*). Errors in the charge to the jury respecting a very minor aspect of the case that could not have had any effect on the outcome or concerning issues that the jury was otherwise necessarily aware of were also cured by the application of the proviso (*Jacquard, supra*; *Jolivet, supra*; *Ménard, supra*; *Chibok, supra*). Similarly, in some cases the errors concerned preliminary findings that would nevertheless, as a matter of law, inevitably have resulted in the same finding made by the trial judge (*Rockey, supra*; *Stone, supra*).

R.C.S. 951, p. 1008, « [l]e sous-alinéa 686(1)(b)(iii) est conçu pour éviter d’avoir à annuler une déclaration de culpabilité pour des erreurs de droit négligeables ou “inoffensives” lorsque le ministère public peut établir qu’aucun tort important ni aucune erreur judiciaire grave ne s’est produit. »

La jurisprudence regorge d’exemples de situations où le caractère anodin de l’erreur ou l’absence de préjudice résultant d’une erreur de droit plus grave ont justifié l’application de la disposition réparatrice (voir *R. c. Jolivet*, [2000] 1 R.C.S. 751, 2000 CSC 29; *R. c. Stone*, [1999] 2 R.C.S. 290; *R. c. Ménard*, [1998] 2 R.C.S. 109; *R. c. Jacquard*, [1997] 1 R.C.S. 314; *R. c. Rockey*, [1996] 3 R.C.S. 829; *R. c. MacGillivray*, [1995] 1 R.C.S. 890; *R. c. Haughton*, [1994] 3 R.C.S. 516; *United Nurses of Alberta c. Alberta (Procureur général)*, [1992] 1 R.C.S. 901; *Gunn c. La Reine*, [1974] R.C.S. 273; *Chibok*, précité; *R. c. Klatt* (1994), 94 C.C.C. (3d) 147 (C.A. Alb.); *R. c. Wong* (1992), 12 B.C.A.C. 211). Dans toutes ces affaires, les cours d’appel étaient convaincues que l’erreur n’avait pu avoir aucune incidence sur le verdict. En raison de la nature des erreurs et des questions auxquelles elles se rapportaient, il était possible d’en déterminer les incidences sur le verdict et de s’assurer qu’elles n’y avaient rien changé. En général, les erreurs portaient sur des éléments de preuve qui ne revêtaient pas d’importance quant à la détermination de la culpabilité ou de l’innocence (*Gunn*, précité; *Wong*, précité; *United Nurses*, précité; *Klatt*, précité) ou qui bénéficiaient à l’accusé en imposant un fardeau de preuve plus lourd au ministère public (*MacGillivray*, précité; *Haughton*, précité). L’application de la disposition réparatrice a également permis de remédier à des erreurs dans l’exposé au jury concernant un aspect très mineur de l’affaire qui n’aurait pas pu avoir d’incidence sur son issue ou des questions dont le jury était forcément au courant (*Jacquard*, précité; *Jolivet*, précité; *Ménard*, précité; *Chibok*, précité). De manière analogue, dans certains cas, les erreurs visaient des conclusions préliminaires qui auraient néanmoins, en droit, mené inévitablement à la même conclusion que celle tirée par le juge du procès (*Rockey*, précité; *Stone*, précité).

31

In addition to cases where only a minor error or an error with minor effects is committed, there is another class of situations in which s. 686(1)(b)(iii) may be applied. This was described in the case of *R. v. S. (P.L.)*, [1991] 1 S.C.R. 909, at p. 916, where, after stating the rule that an accused is entitled to a new trial or an acquittal if errors of law are made, Sopinka J. wrote:

There is, however, an exception to this rule in a case in which the evidence is so overwhelming that a trier of fact would inevitably convict. In such circumstances, depriving the accused of a proper trial is justified on the ground that the deprivation is minimal when the invariable result would be another conviction.

Therefore, it is possible to apply the curative proviso even in cases where errors are not minor and cannot be said to have had only a minor effect on the trial, but only if it is clear that the evidence pointing to the guilt of the accused is so overwhelming that any other verdict but a conviction would be impossible (see *R. v. Nijjar*, [1998] 1 S.C.R. 320; *Alward v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 559; *Ambrose v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 717; *Dufresne v. La Reine*, [1988] R.J.Q. 38 (C.A.); *R. v. Welch* (1980), 5 Sask. R. 175 (C.A.)).

C. Application to this Case

32

This case in my view does not require an assessment of the overall strength of the Crown's case at trial. Here, when asked to declare a mistrial, the trial judge was essentially asked the same question as the one before us, that is, whether it was likely that the exposure by the jury to the tainted transcripts could have affected the jury to the point that the entire trial was compromised and that no remedy other than a new trial was available.

33

I think that for the purpose of this appeal, we must assume that the jury read the transcript that it had in its possession, including the impugned passage. It would of course be easy to dismiss the appeal

Outre les cas où l'erreur commise n'est que mineure ou n'entraîne que des conséquences mineures, il existe une autre catégorie de cas susceptibles de donner lieu à l'application du sous-al. 686(1)(b)(iii). Cette catégorie a été décrite dans l'arrêt *R. c. S. (P.L.)*, [1991] 1 R.C.S. 909, p. 916, où, après avoir énoncé la règle voulant que l'accusé ait droit à un nouveau procès ou à un acquittement lorsque des erreurs de droit se produisent, le juge Sopinka a déclaré :

Il existe cependant une exception à cette règle lorsque la preuve est à ce point accablante que le juge des faits conclurait forcément à la culpabilité. Dans ce cas, il est justifié de priver l'accusé d'un procès régulier puisque cette privation est minimale lorsque le résultat serait forcément une autre déclaration de culpabilité.

Par conséquent, il est possible d'appliquer la disposition réparatrice même lorsque les erreurs ne sont pas mineures et ne peuvent être considérées comme n'ayant eu qu'une incidence mineure sur le procès, mais uniquement lorsqu'il est clair que la preuve tendant à établir la culpabilité de l'accusé est à ce point accablante qu'il serait impossible d'obtenir un verdict autre qu'une déclaration de culpabilité (voir *R. c. Nijjar*, [1998] 1 R.C.S. 320; *Alward c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 559; *Ambrose c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 717; *Dufresne c. La Reine*, [1988] R.J.Q. 38 (C.A.); *R. c. Welch* (1980), 5 Sask. R. 175 (C.A.)).

C. Application au présent pourvoi

À mon avis, les faits du présent pourvoi n'exigent pas une appréciation de la valeur globale de la preuve présentée par le ministère public au procès. En l'espèce, lorsqu'on a demandé à la juge du procès de déclarer le procès nul, on lui a essentiellement posé la même question que celle dont nous sommes saisis : le fait que le jury a été exposé à la transcription irrégulière a-t-il pu vraisemblablement l'influencer au point de compromettre le procès en entier et de ne laisser, à titre de réparation, que la possibilité de la tenue d'un nouveau procès?

Je suis d'avis que, pour trancher le présent pourvoi, nous devons tenir pour acquis que le jury a pris connaissance de la transcription dont il disposait, y compris du passage contesté. Il serait évidemment

on the assumption that the jury probably never read the portion that it should not have received. Such an approach would, in my opinion, be totally unfounded. The jury asked for some materials, and it received them. They had the transcripts for several hours. It would be bizarre in my view to assume that having asked for the transcripts, they did not read them. Moreover, the part that should not have been given to them stood out in the transcript with the heading: “JURY OUT AT 11:38 A.M.” That might have attracted their attention. In any event, as a matter of law, I cannot see how speculation helps either way. We must assume that there was at least a real possibility that the jury was exposed to these materials and at this stage we cannot probe further as to the consequences. The appellant is entitled to advance his case on the basis of the real possibility of the worst case scenario.

Contrary to my colleague LeBel J., I also think that we cannot speculate that if the jury read the impugned passage it must have assumed that defence counsel was merely raising a hypothesis, rather than asserting that his client had made statements that had been ruled inadmissible. Although I understand the interpretation given by my colleague, which emphasises the hypothetical turn of phrase in the passage in question, I think that read in context it more likely lends itself to the interpretation that defence counsel was referring to excluded statements actually made by his client. I would not go as far as suggesting, as counsel for the appellant does, that the passage inevitably implies that the appellant made a confession which was excluded. Read in full, the passage refers to several matters that were not in evidence when the argument took place in the absence of the jury. In my view, a fair assessment of the impact that the transcript could have had on the jury must be made on the assumption that they read it and understood that counsel for the appellant was concerned that the jury should not find out that his client had made statements

facile de rejeter le pourvoi en supposant que le jury n’a probablement jamais lu l’extrait qu’il n’aurait pas dû recevoir. J’estime qu’une telle démarche serait dénuée de tout fondement. Les jurés ont demandé à recevoir certains documents et ils les ont reçus. Ils ont eu la transcription en leur possession pendant plusieurs heures. Il serait à mon avis inusité de supposer que les jurés n’ont pas lu la transcription, alors qu’ils l’ont eux-mêmes demandée. Qui plus est, le passage qui n’aurait pas dû être communiqué aux jurés ressortait dans la transcription, car il était précédé du titre suivant : [TRADUCTION] « LE JURY SE RETIRE À 11 H 38. » Ce titre a pu attirer l’attention des jurés. Quoi qu’il en soit, je ne vois pas comment les conjectures peuvent, en droit, se révéler utiles dans un sens ou dans l’autre. Nous devons supposer qu’il existait à tout le moins une possibilité réelle que le jury ait été exposé à ces documents et, à ce stade-ci, nous ne pouvons tenter d’en déterminer plus précisément les conséquences. L’appelant peut faire valoir ses prétentions en se fondant sur la possibilité réelle que la pire éventualité se soit réalisée.

En outre, contrairement à mon collègue le juge LeBel, j’estime que nous ne pouvons supposer que, si le jury a lu le passage contesté, il a nécessairement pensé que l’avocat de la défense n’avait soulevé qu’une simple hypothèse, plutôt qu’affirmé que son client avait fait des déclarations jugées inadmissibles. Même si je comprends l’interprétation retenue par mon collègue, qui met l’accent sur la forme hypothétique du passage en question, j’estime que ce passage, lu en contexte, se prête davantage à l’interprétation selon laquelle l’avocat de la défense faisait allusion à des déclarations que son client avait réellement faites et qui avaient été exclues. Je n’irais pas jusqu’à affirmer, comme le fait l’avocat de l’appelant, que le passage en question laissait forcément entendre que l’appelant avait fait un aveu qui avait été exclu. On constate, à la lecture de ce passage en entier, qu’il renvoie à plusieurs questions qui ne faisaient pas partie de la preuve au moment où la discussion a eu lieu en l’absence du jury. À mon sens, une évaluation objective de l’influence que la transcription a pu avoir sur les jurés doit reposer sur la présomption que ceux-ci ont lu la transcription et qu’ils ont compris que l’avocat de l’appelant

that the court had ruled inadmissible; no more, no less.

35 I also think that this is what the trial judge understood, and that is why she cautioned the jury exactly as she did. She did not identify specifically the passages at issue, so as not to aggravate the damage, if any, but she clearly instructed the jury to disregard references to all matters that were not properly in evidence before them.

36 The trial judge was obviously concerned with the effect and consequences of what had transpired and she took seriously the application for a mistrial. I share that concern. However, in my view, she made no error when she exercised her discretion to deny the motion for a mistrial, nor did she err in declining to enter a mistrial after the jury had returned its verdict. The trial judge was in a privileged position to assess the possible impact of the mishap on the jury and the effectiveness of the sharp warning that she issued. There is no basis upon which I could say that she was wrong in that fine judgment call. The information before the jury was at most an innuendo. At the very end of a murder trial, the jury would have come to appreciate the existence of rules of evidence that govern the relevant materials upon which they are called to make a decision. Taking the case at its highest from the appellant's point of view, I believe that the admonition issued by the trial judge to the jury was sufficient to remedy any ill effect that the unedited transcripts might have had on the jury.

37 Therefore, the trial judge did not err in rejecting the motion for a mistrial, and there is no need to turn to the proviso. I must add that if I had concluded that a mistrial should have been declared, I cannot see how such an error could have been cured by the proviso. For the same reasons, I do not think it can be said in this case that there was a miscarriage of justice within the meaning of s. 686(1)(a)(iii).

craignait qu'ils apprennent que l'appelant avait fait des déclarations jugées inadmissibles par le tribunal; ni plus, ni moins.

À mon avis, c'est ce que la juge du procès a compris et c'est pourquoi elle a mis le jury en garde comme elle l'a fait. Elle n'a pas précisé quels étaient les passages visés de manière à ne pas aggraver le préjudice, le cas échéant, mais elle a clairement demandé aux jurés de faire abstraction de toute mention d'une question qui ne leur avait pas été régulièrement soumise en preuve.

La juge du procès s'inquiétait manifestement des conséquences de ce qui s'était passé et elle a pris au sérieux la requête en annulation du procès. Je partage cette inquiétude. Cependant, j'estime qu'elle n'a pas commis d'erreur en rejetant la requête dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire et qu'elle n'a pas non plus commis d'erreur en refusant de déclarer le procès nul après le verdict du jury. La juge du procès se trouvait dans une position privilégiée pour évaluer l'impact possible de l'erreur sur le jury, de même que l'efficacité de sa mise en garde ferme. Aucun élément ne me permet d'affirmer qu'elle a commis une erreur en rendant sa décision sur cette question délicate. L'information révélée au jury constituait tout au plus une insinuation. À la toute fin d'un procès pour meurtre, les jurés devraient être en mesure de comprendre l'existence de règles de preuve régissant l'utilisation des éléments pertinents à partir desquels ils sont appelés à rendre une décision. En supposant le pire du point de vue de l'appelant, je suis d'avis que la mise en garde adressée au jury par la juge du procès suffisait à remédier à tout effet préjudiciable que la transcription non épurée aurait pu avoir sur le jury.

Par conséquent, la juge du procès n'a pas commis d'erreur en rejetant la requête en annulation du procès et il n'y a pas lieu de s'interroger sur l'application de la disposition réparatrice. Je dois ajouter que, si j'avais conclu que le procès aurait dû être annulé, je ne vois pas comment cette disposition aurait pu remédier à une telle erreur. Pour les mêmes motifs, je ne crois pas qu'on puisse affirmer en l'espèce qu'il y a eu erreur judiciaire au sens du sous-al. 686(1)(a)(iii).

I agree with LeBel J. on the ground of appeal dealing with the jury selection process. For these reasons, I would dismiss the appeal.

The following are the reasons delivered by

LEBEL J. — In this appeal, we are asked to determine whether a conviction should be reversed on the grounds that a transcript revealing conversations which occurred during a *voir dire* was inadvertently given to the jury during its deliberations. This calls upon the interpretation and application of s. 686(1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, governing the powers of a court of appeal. The main issue in this appeal is to determine whether the remedial provision of s. 686(1)(b) should apply.

I. Facts and Trial Judgment

On February 13, 1998, after a trial before Madam Justice Keyser and a jury, the appellant, Mohamed Ameerulla Khan, was convicted of the first degree murder of his wife, Sureta Khan. This was his third trial. Previous convictions had been set aside by the Manitoba Court of Appeal.

The appellant claimed to have discovered his deceased wife in the bathtub of their home at 6:55 p.m. on January 4, 1994 and to have then telephoned 911. The appellant's call was transferred to a first responder who instructed him to leave his wife in the bathtub and drain the water, and that help would arrive very shortly. Resuscitation attempts were unsuccessful.

The Crown asserted that the appellant had killed his wife. Its evidence was mainly circumstantial. A pathologist, Dr. John Kelly Martin MacDonald, who was recognized as an expert in forensic pathology, testified for the Crown as to the possible circumstances of the death. The Court of Appeal summarized Dr. MacDonald's evidence in the following manner ((1999), 138 Man. R. (2d) 23, at para. 9):

Dr. MacDonald testified positively that the deceased did not die in the bathtub either by wet or dry drowning.

Je partage l'avis du juge LeBel sur le moyen d'appel concernant le processus de sélection du jury. Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE LEBEL — Dans le présent pourvoi, on demande à notre Cour de décider si une déclaration de culpabilité devrait être annulée au motif que le jury a, dans le cadre de ses délibérations, reçu par mégarde une transcription révélant des conversations tenues au cours d'un voir-dire. Cette question met en cause l'interprétation et l'application du par. 686(1) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, qui régit les pouvoirs d'une cour d'appel. Le présent pourvoi soulève principalement la question de savoir si la disposition réparatrice énoncée à l'al. 686(1)(b) devrait s'appliquer.

I. Les faits et le jugement de première instance

Le 13 février 1998, au terme d'un procès tenu devant madame le juge Keyser et un jury, l'appellant Mohamed Ameerulla Khan a été déclaré coupable du meurtre au premier degré de son épouse, Sureta Khan. Il s'agissait de son troisième procès. La Cour d'appel du Manitoba avait annulé les déclarations de culpabilité antérieures.

L'appellant a affirmé avoir découvert son épouse morte dans la baignoire de leur domicile, le 4 janvier 1994 à 18 h 55, et avoir alors composé le 911. L'appel a été transféré à un premier intervenant. Celui-ci a dit à l'appellant de laisser son épouse dans la baignoire et de vider l'eau et lui a affirmé que de l'aide arriverait sous peu. Les tentatives de réanimation ont été vaines.

Le ministère public a soutenu que l'appellant avait tué son épouse. Sa preuve était principalement de nature circonstancielle. Le D^r John Kelly Martin MacDonald, un pathologiste qu'on a reconnu comme expert en médecine légale, a témoigné pour le ministère public quant aux circonstances possibles du décès. La Cour d'appel a résumé ainsi la déposition du D^r MacDonald ((1999), 138 Man. R. (2d) 23, par. 9) :

[TRADUCTION] Le D^r MacDonald a affirmé catégoriquement dans son témoignage que la défunte n'est

38

39

40

41

42

In his opinion, she died from asphyxiation, but in an unknown manner. He estimated the time of death to be between two and four hours before the first responders observed her, which would fix the time of death to be between 3:00 p.m. and 5:00 p.m.

43 Dr. MacDonald's opinion as to the time of death was based on the extent of rigor mortis found in the deceased's body by the first responders and on her core body temperature recorded at the hospital shortly after she was transported there at approximately 8:30 p.m.

44 Dr. MacDonald's opinion that the deceased did not die in the bathtub was based on the absence of "washerwoman changes or syndrome" on her body. "Washerwoman syndrome" may be described as changes in the skin condition that result from being immersed in water. According to Dr. MacDonald, if the deceased was in cool water, which would reduce the extent of washerwoman changes, he would not have expected the extent of rigor which was observed by the first responders.

45 Dr. MacDonald further testified that in his opinion asphyxia or oxygen starvation was the cause of death. Although the mode of asphyxiation was unclear, Dr. MacDonald was of the opinion that the death could not be classified as being of undetermined origin. Dr. MacDonald testified as follows:

I think her mode of asphyxia is undetermined. If she was not discovered in the bathtub, I think the — it may very well be an undetermined death, but given the fact that she was in the bathtub when the information that would argue that she has been dead at least a couple of hours and she does not have the washerwoman's changes, that she did not die in the bathtub, so I have great reluctance having the idea that natural deaths walk, let alone undetermined deaths walk. I do not think I could classify this or not argue with someone who wished to classify this cause of death as undetermined.

pas décédée dans la baignoire par noyade primaire, ni par noyade secondaire. À son avis, elle est morte par asphyxie, mais on ignore comment le décès est survenu. Il a estimé que le décès est survenu de deux à quatre heures avant que les premiers intervenants examinent le corps, ce qui établirait le moment du décès quelque part entre 15 h et 17 h.

L'avis exprimé par le D^f MacDonald quant au moment du décès se fondait sur l'état de rigidité dans lequel les premiers intervenants ont découvert le cadavre de la défunte et sur la température corporelle de la défunte mesurée à l'hôpital peu de temps après qu'elle y eut été transportée, soit vers 20 h 30.

L'avis du D^f MacDonald que la défunte n'est pas décédée dans la baignoire repose sur le fait que son corps ne présentait pas de signes liés aux [TRADUCTION] « changements ou syndrome de la blanchisseuse ». On peut décrire le [TRADUCTION] « syndrome de la blanchisseuse » comme une altération cutanée causée par l'immersion de la peau dans l'eau. Si la défunte avait été immergée dans de l'eau fraîche, ce qui aurait atténué l'importance des changements liés au syndrome de la blanchisseuse, le D^f MacDonald ne se serait pas attendu à ce que le corps de la défunte soit aussi rigide que l'ont constaté les premiers intervenants.

Le D^f MacDonald a en outre affirmé qu'à son avis le décès a été causé par l'asphyxie ou par le manque d'oxygène. Quoiqu'il subsiste des doutes quant au mode d'asphyxie, le D^f MacDonald a estimé que le décès ne pouvait être considéré comme de cause inconnue. Le D^f MacDonald s'est exprimé comme suit :

[TRADUCTION] À mon avis, on ne sait pas comment elle a été asphyxiée. Si elle n'avait pas été trouvée dans la baignoire, je crois que — il pourrait fort bien s'agir d'un décès dont la cause est inconnue, mais les indices montrent qu'elle n'est pas décédée dans la baignoire, car son décès remontait à deux heures au moins et elle ne montrait pas de signes liés au syndrome de la blanchisseuse; comme il m'est difficile de concevoir que les morts de cause naturelle se déplacent — et à plus forte raison ceux dont le décès est de cause inconnue, je ne saurais me résoudre à classer le décès comme de cause inconnue et j'aurais bien du mal à ne pas répliquer si quelqu'un prétendait le classer ainsi.

The appellant relied on a defence of alibi. However, he did not testify during the trial. Rather, evidence as to the appellant's whereabouts on the day in question was provided by an acquaintance, Mr. Marshall Ross, and through the filing of two exhibits. Mr. Ross indicated that the appellant arrived at his home at 3:40 p.m. in order to do some work on his daughter's car. He added that, at 4:01 p.m., the deceased called to speak to the appellant. Finally, Mr. Ross stated that the appellant left his home at 5:00 p.m. His recollection of the time of departure was an estimate based on the time he sat down for dinner and the time it would have taken his wife to prepare the meal from the time the appellant left. Although Mr. Ross was a witness called by the Crown, counsel for the Crown, in his closing arguments, suggested that Mr. Ross' recollection as to the time of departure was incorrect and that, in fact, the appellant left his residence earlier. After the appellant left the Ross home, Mr. Ross heard from him a few minutes prior to 7:00 p.m., when the appellant called to tell him that his wife was lying in the bathtub and appeared not to be breathing. The appellant then requested that Mr. Ross come over.

Also presented into evidence was a receipt from an automated teller machine that confirms that the appellant received \$60 from a machine at 5:33 p.m. on the relevant date. The machine was located five minutes away from the appellant's residence. Moreover, the appellant produced a receipt from a pharmacy indicating that a prescription order was received at 5:44 p.m. and paid for at 6:35 p.m.

The evidence also established that the deceased was heavily insured and that the appellant was the beneficiary. The Crown's theory was that the appellant was the only person with access to the house, with a motive and with the opportunity to kill the deceased. The theory of the defence was that the death was unexplained, that the autopsy was inconclusive and that there was insufficient evidence of foul play.

L'appelant a invoqué une défense d'alibi. Il n'a cependant pas témoigné au procès. La preuve relative aux allées et venues de l'appelant ce jour-là s'est plutôt résumée au témoignage d'une connaissance, M. Marshall Ross, et au dépôt de deux pièces. M. Ross a indiqué que l'appelant était arrivé à sa résidence à 15 h 40 pour effectuer quelques travaux sur la voiture de sa fille. Il a ajouté que la défunte a téléphoné pour parler à l'appelant à 16 h 01. Enfin, M. Ross a affirmé que l'appelant a quitté sa résidence à 17 h. L'heure du départ dont il se souvient est approximative, car il l'a calculée en fonction du moment où il s'est mis à table pour souper et du temps que son épouse aurait pris pour préparer le souper à partir du moment où l'appelant a quitté sa résidence. Bien que M. Ross ait été appelé comme témoin par le ministère public, le procureur de la Couronne a laissé entendre, lors de son exposé final, que le souvenir de M. Ross sur le moment du départ de l'appelant était inexact et que celui-ci avait en fait quitté sa résidence plus tôt. Après son départ de la résidence des Ross, l'appelant a reparlé à M. Ross quelques minutes avant 19 h, lorsqu'il l'a appelé pour lui dire que son épouse gisait dans la baignoire et qu'elle ne semblait pas respirer. L'appelant a alors demandé à M. Ross de se rendre chez lui.

Un reçu d'un guichet automatique confirmant qu'à la date pertinente l'appelant a retiré 60 \$ à 17 h 33 a aussi été déposé en preuve. Le guichet était situé à cinq minutes de la résidence de l'appelant. L'appelant a également produit en preuve un reçu provenant d'une pharmacie indiquant qu'une ordonnance avait été reçue à 17 h 44 et qu'elle avait été payée à 18 h 35.

La preuve montre également que la défunte était protégée par une police d'assurance d'un montant élevé dont l'appelant était le bénéficiaire. Selon la thèse du ministère public, l'appelant était la seule personne qui avait accès à la maison, qui avait un mobile pour tuer la défunte et qui en avait la possibilité. D'après la thèse de la défense, le décès restait inexpliqué, puisque l'autopsie n'était pas concluante et qu'il n'y avait pas suffisamment d'éléments de preuve qu'un crime avait été commis.

46

47

48

49

During the course of its deliberations, the jury requested transcripts of Dr. MacDonald's testimony. Approximately six and a half hours after the transcripts were delivered to the jury, it was discovered that the copy of the transcript given to the jury inadvertently contained the record of matters discussed by counsel and the Court in the absence of the jury during a *voir dire*. As such matters should have been expunged, defence counsel moved for a mistrial on the basis that the proceedings had become tainted and the trial was unfair. The main objectionable passage reads as follows:

MR. GLAZER [Defence counsel]: I beg to disagree, My Lady. The law as I understand it is — for example, My Lady had ruled that certain comments by the accused are inadmissible. If the witness during the course of his testimony refers to those comments as forming the basis of some of his opinion, it would be grounds for a mistrial. He can only refer to what is before the jury; he can't refer to evidence that is not before the jury.

50

The defence argued that the jury had learned that the appellant had made comments that were ruled inadmissible. In the defence's view, the jury would speculate as to the nature of those comments and would draw an adverse inference against the appellant. The trial judge denied the request for a mistrial. She ordered, however, that the offending transcripts be retrieved and that the jury be provided with clean copies. The trial judge further cautioned the jury that they were to rely solely on the evidence that was put before them through witnesses and through the evidence filed. Once the jury returned a guilty verdict of first degree murder, the trial judge requested further submissions regarding the possibility of granting a mistrial. After submissions by both counsel, the trial judge again declined to declare a mistrial.

II. Manitoba Court of Appeal (1999), 138 Man. R. (2d) 23

51

By unanimous judgment rendered *per curiam*, the Court of Appeal dismissed the appellant's

Au cours de ses délibérations, le jury a demandé la transcription de la déposition du D^r MacDonald. Environ six heures et demie après que la transcription eut été transmise au jury, on a découvert qu'elle contenait par mégarde le compte rendu de questions débattues en son absence par les avocats et la cour au cours d'un *voir-dire*. Étant donné que ces questions auraient dû être supprimées de la transcription, l'avocat de la défense a présenté une requête visant à faire annuler le procès au motif que la procédure était viciée et que le procès était inéquitable. Le principal passage controversé est rédigé en ces termes :

[TRADUCTION] M^e GLAZER [Avocat de la défense] : Permettez-moi, votre Honneur, d'exprimer mon désaccord. Le droit prévoit, à ma connaissance — par exemple, votre Honneur avait statué que certains commentaires faits par l'accusé étaient inadmissibles. Si, lors de sa déposition, le témoin se référait à ces commentaires comme fondant en partie son opinion, il y aurait là un motif d'annulation du procès. Il ne peut se référer qu'aux éléments soumis au jury; il ne peut se référer à un élément de preuve qui n'a pas été soumis au jury.

La défense a fait valoir que le jury avait appris que l'appellant avait fait des commentaires jugés inadmissibles. Selon la défense, le jury émettrait des hypothèses concernant la nature de ces commentaires et tirerait une inférence défavorable à l'appellant. La juge du procès a rejeté la requête en annulation du procès. Elle a cependant ordonné que la transcription irrégulière soit retirée et que des copies épurées soient fournies au jury. La juge du procès a en outre averti le jury qu'il ne devait se fier qu'à la preuve qui lui avait été soumise dans les témoignages et les éléments de preuve déposés. Lorsque le jury a rendu un verdict de culpabilité pour meurtre au premier degré, la juge du procès a demandé aux parties de lui présenter des arguments supplémentaires sur la possibilité d'annuler le procès. Après avoir entendu les arguments des deux avocats, la juge du procès a de nouveau refusé d'annuler le procès.

II. La Cour d'appel du Manitoba (1999), 138 Man. R. (2d) 23

Dans un jugement *per curiam*, la Cour d'appel a rejeté à l'unanimité l'appel interjeté par l'appellant à

appeal from his conviction. The Court of Appeal addressed the issue of whether the jury's exposure to the tainted transcript resulted in an unfair trial. In so doing, it took for granted that the appropriate provision under which to resolve this question was the curative proviso contained in s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*.

The Court of Appeal reviewed several appellate court decisions in cases where evidence had inadvertently made its way into the jury room (see: *R. v. Duke* (1985), 22 C.C.C. (3d) 217 (Alta. C.A.); *R. v. Watson* (1991), 4 B.C.A.C. 253). The appellant argued that, in accordance with *R. v. Armstrong*, [1970] 1 C.C.C. 136 (N.S.C.A.), once mischief was done in the trial process, it was no longer possible to correct it. Relying on *R. v. R. (R.)* (1994), 91 C.C.C. (3d) 193 (Ont. C.A.), the Court of Appeal indicated that perhaps such a principle was incorrect and that strong and repeated instructions to the jury could overcome possible prejudice to an accused. The Court of Appeal also held that trial judges have wide discretion in deciding whether to declare a mistrial. As a result, appellate courts should exercise great caution when reviewing the exercise of such discretion (see *Emkeit v. The Queen*, [1974] S.C.R. 133, and *R. v. Paterson* (1998), 102 B.C.A.C. 200).

In the Court of Appeal's view, the words which inadvertently found their way into the jury room did not have a great potential for harm or mischief. Even if some prejudice had been caused to the appellant, this was amply remedied by the cautionary instructions provided by the trial judge. The court also added its opinion on the strength of the evidence against the appellant, in particular in relation to the evidence given by the pathologist, Dr. MacDonald. The court stated that it constituted "overwhelming evidence as to the manner, time and place of death of the deceased" (para. 47). The court concluded that, considering the circumstances as a whole "[t]his is an appropriate case in which the proviso is to be applied" (para. 48). The conviction was therefore upheld. It was appealed to this Court

l'encontre de sa déclaration de culpabilité. La Cour d'appel a examiné la question de savoir si le procès était devenu inéquitable du fait que le jury avait été mis en présence de la transcription irrégulière. À cette fin, elle a tenu pour acquis que la disposition à appliquer pour trancher la question était la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*.

La Cour d'appel a passé en revue plusieurs arrêts rendus par des cours d'appel dans des situations où des éléments de preuve s'étaient retrouvés par mégarde dans la salle des jurés (voir : *R. c. Duke* (1985), 22 C.C.C. (3d) 217 (C.A. Alb.); *R. c. Watson* (1991), 4 B.C.A.C. 253). L'appellant a invoqué l'arrêt *R. c. Armstrong*, [1970] 1 C.C.C. 136 (C.A.N.-É.), pour soutenir qu'une fois le mal fait au cours du procès, il n'est plus possible d'y remédier. S'appuyant sur l'arrêt *R. c. R. (R.)* (1994), 91 C.C.C. (3d) 193 (C.A. Ont.), la Cour d'appel a indiqué que ce principe était peut-être incorrect et que des directives fermes et répétées au jury pouvaient l'emporter sur le préjudice susceptible d'être causé à l'accusé. La Cour d'appel a également statué que le juge qui préside le procès est investi d'un large pouvoir discrétionnaire quant à l'opportunité d'annuler le procès. En conséquence, les cours d'appel devraient faire preuve d'une grande prudence lorsqu'elles contrôlent l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire (voir *Emkeit c. La Reine*, [1974] R.C.S. 133, et *R. c. Paterson* (1998), 102 B.C.A.C. 200).

Selon la Cour d'appel, les renseignements qui se sont retrouvés par mégarde dans la salle des jurés n'étaient pas réellement susceptibles de causer du tort. Même en supposant qu'un préjudice a été causé à l'appellant, les mises en garde incluses dans les directives de la juge du procès y ont amplement remédié. La cour a en outre exprimé son opinion sur la valeur de la preuve produite contre l'appellant, plus particulièrement en ce qui a trait à la déposition du pathologiste, le D^r MacDonald. La cour a déclaré que son témoignage constituait [TRADUCTION] « une preuve accablante quant à la manière, au moment et au lieu du décès » (par. 47). La cour a conclu que, vu l'ensemble des circonstances, [TRADUCTION] « [i]l s'agit en l'espèce d'une situation qui se

52

53

on the question of the application of the curative provisions of s. 686(1)(b). An issue concerning jury selection was also raised.

III. Relevant Statutory Provisions

54 *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46

686. (1) On the hearing of an appeal against a conviction or against a verdict that the appellant is unfit to stand trial or not criminally responsible on account of mental disorder, the court of appeal

(a) may allow the appeal where it is of the opinion that

(i) the verdict should be set aside on the ground that it is unreasonable or cannot be supported by the evidence,

(ii) the judgment of the trial court should be set aside on the ground of a wrong decision on a question of law, or

(iii) on any ground there was a miscarriage of justice;

(b) may dismiss the appeal where

(i) the court is of the opinion that the appellant, although he was not properly convicted on a count or part of the indictment, was properly convicted on another count or part of the indictment,

(ii) the appeal is not decided in favour of the appellant on any ground mentioned in paragraph (a),

(iii) notwithstanding that the court is of the opinion that on any ground mentioned in subparagraph (a)(ii) the appeal might be decided in favour of the appellant, it is of the opinion that no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred; or

(iv) notwithstanding any procedural irregularity at trial, the trial court had jurisdiction over the class of offence of which the appellant was convicted and the court of appeal is of the opinion that the appellant suffered no prejudice thereby;

prête à l'application de la disposition réparatrice » (par. 48). La déclaration de culpabilité a donc été confirmée. Cette décision a été portée en appel devant notre Cour sur la question de l'application des dispositions réparatrices de l'al. 686(1)b). Nous sommes également saisis d'une question relative à la sélection du jury.

III. Les dispositions législatives pertinentes

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46

686. (1) Lors de l'audition d'un appel d'une déclaration de culpabilité ou d'un verdict d'inaptitude à subir son procès ou de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux, la cour d'appel :

a) peut admettre l'appel, si elle est d'avis, selon le cas :

(i) que le verdict devrait être rejeté pour le motif qu'il est déraisonnable ou ne peut pas s'appuyer sur la preuve,

(ii) que le jugement du tribunal de première instance devrait être écarté pour le motif qu'il constitue une décision erronée sur une question de droit,

(iii) que, pour un motif quelconque, il y a eu erreur judiciaire;

b) peut rejeter l'appel, dans l'un ou l'autre des cas suivants :

(i) elle est d'avis que l'appelant, bien qu'il n'ait pas été régulièrement déclaré coupable sur un chef d'accusation ou une partie de l'acte d'accusation, a été régulièrement déclaré coupable sur un autre chef ou une autre partie de l'acte d'accusation,

(ii) l'appel n'est pas décidé en faveur de l'appelant pour l'un des motifs mentionnés à l'alinéa a),

(iii) bien qu'elle estime que, pour un motif mentionné au sous-alinéa a)(ii), l'appel pourrait être décidé en faveur de l'appelant, elle est d'avis qu'aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave ne s'est produit,

(iv) nonobstant une irrégularité de procédure au procès, le tribunal de première instance était compétent à l'égard de la catégorie d'infractions dont fait partie celle dont l'appelant a été déclaré coupable et elle est d'avis qu'aucun préjudice n'a été causé à celui-ci par cette irrégularité;

IV. Analysis

In the case law, the proper meaning of paras. (a) and (b) of s. 686(1) of the *Code* has sometimes been misunderstood. My analysis will first review their interpretation, before turning to the irregularities alleged in the case at bar and the application of s. 686 of the *Code* to them.

Sections 686(1)(a) and 686(1)(b) have distinct functions. On the one hand, the object of para. (a) is to spell out the conditions pursuant to which an appellate court has the power to reverse a conviction. The court of appeal's intervention is warranted whenever (i) the verdict is unreasonable or cannot be supported by the evidence; (ii) the judgment is based on a wrong decision on a question of law; or (iii) a "miscarriage of justice" has occurred.

On the other hand, para. (b), and in particular subparas. (iii) and (iv), grant a remedial power to a court of appeal to uphold a conviction despite having found earlier that its intervention could have been justified under para. (a)(ii) or (iii), if the evidence is so overwhelming against the accused that any other reasonable judge or jury would have rendered the same guilty verdict. Paragraph (b) is thus referred to as the "curative proviso". Of course, needless to say a verdict which is defective under para. (a)(i) because it is "unreasonable or cannot be supported by the evidence" cannot be cured under s. 686(1)(b) on the grounds that any reasonable judge or jury would have ruled the same way.

Section 686(1)(a)(i) is not at stake in the present appeal. Although the appellant argued before the Court of Appeal that the verdict was unreasonable, this issue was not raised before us. Therefore, the question before this Court is whether the conviction should be reversed because either an "error of law" or a "miscarriage of justice" has occurred, and if so, whether s. 686(1)(b) should be applied.

My analysis will be divided into four parts. In the first part, I will examine the notions of "error of law" and "miscarriage of justice", and their relationship

IV. Analyse

Dans la jurisprudence, on s'est parfois mépris sur le sens des al. 686(1)a) et b) du *Code*. Mon analyse portera d'abord sur l'interprétation qu'il convient d'attribuer à ces alinéas, pour ensuite se tourner vers les irrégularités alléguées en l'espèce et sur l'application de l'art. 686 du *Code* à celles-ci.

Les alinéas 686(1)a) et 686(1)b) remplissent des fonctions distinctes. D'une part, l'al. a) a pour objet d'énoncer les conditions auxquelles est assujéti le pouvoir d'une cour d'appel d'annuler une déclaration de culpabilité. L'intervention de la cour d'appel est justifiée lorsque (i) le verdict est déraisonnable ou ne peut pas s'appuyer sur la preuve, (ii) le jugement constitue une décision erronée sur une question de droit ou (iii) une « erreur judiciaire » est survenue.

D'autre part, l'al. b), plus particulièrement aux sous-al. (iii) et (iv), confère à une cour d'appel un pouvoir réparateur lui permettant de confirmer une déclaration de culpabilité, après avoir pourtant conclu que son intervention pourrait être justifiée en vertu des sous-al. a)(ii) ou (iii), si la preuve contre l'accusé est à ce point accablante que tout autre juge ou jury raisonnable aurait rendu le même verdict de culpabilité. L'alinéa b) est donc désigné comme la « disposition réparatrice ». Il va de soi qu'on ne peut remédier à un verdict défectueux aux termes du sous-al. a)(i), parce qu'il est « déraisonnable ou ne peut pas s'appuyer sur la preuve », en invoquant l'al. 686(1)b) au motif que tout juge ou jury raisonnable en serait venu à la même conclusion.

Le sous-alinéa 686(1)a)(i) n'est pas en jeu dans le présent pourvoi. Bien que l'appelant ait soutenu devant la Cour d'appel que le verdict était déraisonnable, cette question ne nous a pas été soumise. Par conséquent, notre Cour est saisie de la question de savoir si la déclaration de culpabilité devrait être annulée du fait que, soit une « erreur de droit », soit une « erreur judiciaire » est survenue et, dans l'affirmative, si l'al. 686(1)b) devrait s'appliquer.

Mon analyse se divisera en quatre parties. Dans la première partie, je me pencherai sur les notions d'« erreur de droit » et d'« erreur judiciaire »,

55

56

57

58

59

to one another in the context of s. 686(1)(a)(ii) and (iii) of the *Code*. Second, I will look more closely at what may constitute a “miscarriage of justice” as understood by s. 686(1)(a)(iii). Third, I will examine the proper role and application of the curative proviso contained in s. 686(1)(b)(iii) and (iv). Finally, I will apply these findings to the fact situation involved in the case at bar.

A. *The Relationship Between “Errors of Law” and “Miscarriages of Justice” Under Section 686(1)(a)(ii) and (iii) of the Code*

60

Section 686(1)(a)(ii) of the *Code* states the possibility that a conviction may be set aside “on the ground of a wrong decision on a question of law”. In that regard, in order for a verdict to be reversed, the judgment must have been based, or have possibly been based, on an erroneous legal norm. It is not sufficient to demonstrate that a legal mistake has occurred. It must be found that the judgment was based or could have been based on that mistake, so as to prejudice the accused. The French version of the s. 686(1)(a)(ii) is clearer on this. It states that the judgment can be set aside “*pour le motif qu’il constitue une décision erronée sur une question de droit*” (underlining added). Thus, it is not enough to simply say that an error of law occurred. The error must have been, or must possibly have been, significant in the conviction. It is then appropriate to state that the judgment could constitute a wrong decision on a question of law.

61

The other situations which may justify the intervention of a court of appeal fall into a residual category. Section 686(1)(a)(iii) refers to the notion of “miscarriage of justice”. This covers irregularities which the *Code* attempts to distinguish from the errors of law mentioned in para. (a)(ii) and which may have rendered the trial unfair for the accused, or have created the appearance of unfairness. I must mention that most of them also find their root in some “error of law”, in the sense that the irregularity would not have occurred if the appropriate legal norms had been followed. These errors, however, are more akin to procedural irregularities. I should

ainsi que sur le rapport qui existe entre elles dans le contexte des sous-al. 686(1)(a)(ii) et (iii) du *Code*. Deuxièmement, je m’attarderai plus en détail sur ce qui pourrait constituer une « erreur judiciaire » au sens du sous-al. 686(1)(a)(iii). Troisièmement, je traiterai de la fonction et de l’application correctes de la disposition réparatrice énoncée aux sous-al. 686(1)(b)(iii) et (iv). Enfin, j’appliquerai ces conclusions aux faits en cause dans le présent pourvoi.

A. *Le rapport entre les « erreurs de droit » et les « erreurs judiciaires » dans le contexte des sous-al. 686(1)(a)(ii) et (iii) du Code*

La version anglaise du sous-al. 686(1)(a)(ii) du *Code* dispose qu’une déclaration de culpabilité peut être écartée « *on the ground of a wrong decision on a question of law* ». Ainsi, pour qu’un verdict soit écarté, il faut que le jugement soit ou puisse être fondé sur une norme juridique erronée. Il ne suffit pas de démontrer qu’une erreur de droit est survenue. La cour doit conclure que le jugement était fondé ou pouvait être fondé sur cette erreur, de manière à causer un préjudice à l’accusé. La version française du sous-al. 686(1)(a)(ii) est plus claire à ce sujet. Elle dispose que le jugement peut être écarté « *pour le motif qu’il constitue une décision erronée sur une question de droit* » (je souligne). Par conséquent, il ne suffit pas d’affirmer simplement qu’une erreur de droit est survenue. Il faut que l’erreur ait joué ou ait pu jouer un rôle important dans l’obtention de la déclaration de culpabilité. On peut alors affirmer que le jugement pourrait constituer une décision erronée sur une question de droit.

Les autres situations susceptibles de justifier l’intervention d’une cour d’appel tombent dans une catégorie résiduelle. Le sous-alinéa 686(1)(a)(iii) renvoie à la notion d’« erreur judiciaire ». Cette notion s’étend aux irrégularités que le *Code* veut distinguer des erreurs de droit visées au sous-al. a)(ii) et qui ont pu rendre le procès inéquitable envers l’accusé ou ont créé une apparence d’iniquité. Je dois mentionner que la plupart de ces irrégularités tirent leur origine de quelque « erreur de droit », en ce sens que l’irrégularité ne se serait pas produite si les normes juridiques applicables avaient été respectées. Ces erreurs s’apparentent

add that it does not matter whether the irregularity occurred intentionally or not, nor does it matter whether the error is due to a mistake by the judge, a court official, one of the parties in the case, or any other person. What matters most is the effect of the irregularity on the fairness of the trial.

For instance, irregularities due to improper contact between a third party and a juror (*R. v. Cameron* (1991), 64 C.C.C. (3d) 96 (Ont. C.A.)), the abusive exercise of discretion by the trial judge (*Fanjoy v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 233), or inadequate representation of the accused by his counsel (*R. v. Joannis* (1995), 102 C.C.C. (3d) 35 (Ont. C.A.)) may fall into that residual category. These types of irregularities, like errors under s. 686(1)(a)(ii), may cause prejudice to the accused. When confronted with such an irregularity, the court of appeal must examine whether it may have had an influence on the verdict or could be perceived as such. Such analysis must take into account the whole of the circumstances.

Although paras. (a)(ii) and (a)(iii) are distinct, they are nevertheless closely related. Both paragraphs address situations where something irregular in law has occurred during the course of the trial. In that sense, it can sometimes be difficult to determine whether a case falls under para. (a)(ii) or (a)(iii). There may often be a fine line between what can constitute “a wrong decision on a question of law” and a “miscarriage of justice”.

For instance, issues pertaining to the law of evidence may often be at the intersection between an “error of law” and the residual type of irregularity called “miscarriage of justice”. When information which would constitute inadmissible evidence is willingly admitted by the judge, it may be seen more as an “error of law”, but when the same information is given to the jury by mistake and the irregularity is discovered afterward, this may seem more as falling into the residual category. Yet, the result is the

toutefois davantage à des irrégularités de procédure. Je m’empresse d’ajouter qu’il importe peu que l’irrégularité se soit produite intentionnellement ou non, comme il importe peu que l’erreur soit attribuable à une faute de la part du juge, d’un fonctionnaire de la cour, de l’une des parties à l’instance ou de toute autre personne. C’est la conséquence de l’irrégularité sur le caractère équitable du procès qui importe le plus.

Par exemple, si l’irrégularité survenue découle d’un contact irrégulier entre un tiers et un juré (*R. c. Cameron* (1991), 64 C.C.C. (3d) 96 (C.A. Ont.)), de l’exercice abusif du pouvoir discrétionnaire du juge du procès (*Fanjoy c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 233) ou de la représentation inadéquate de l’accusé par son avocat (*R. c. Joannis* (1995), 102 C.C.C. (3d) 35 (C.A. Ont.)), l’affaire peut relever de cette catégorie résiduelle. Ces types d’irrégularités, comme les erreurs visées au sous-al. 686(1)(a)(ii), peuvent causer un préjudice à l’accusé. Lorsqu’elle est saisie d’une telle irrégularité, la cour d’appel doit déterminer si celle-ci a pu influencer le verdict ou si elle peut être perçue comme telle. Cette analyse doit tenir compte de l’ensemble des circonstances.

Quoique les sous-al. a)(ii) et (iii) soient distincts, ils demeurent néanmoins étroitement liés. Ces deux sous-alinéas visent des situations dans lesquelles une irrégularité sur le plan du droit s’est produite au cours du procès. En ce sens, il peut parfois être difficile de décider si une affaire relève du sous-al. a)(ii) ou du sous-al. a)(iii). Il arrive souvent que la distinction entre ce qui peut constituer « une décision erronée sur une question de droit » et une « erreur judiciaire » soit ténue.

À titre d’exemple, les questions relatives au droit de la preuve peuvent souvent se trouver aux confins de l’« erreur de droit » et de l’irrégularité résiduelle désignée comme une « erreur judiciaire ». Lorsqu’un renseignement qui constituerait une preuve inadmissible est reçu en toute connaissance de cause par le juge, cette irrégularité peut être davantage perçue comme une « erreur de droit », mais lorsque le même renseignement est transmis au jury par mégarde et qu’on découvre l’irrégularité après

62

63

64

same: the jury has been exposed to inadmissible evidence.

65 All kinds of incidents may happen in the course of a trial, through the interaction of the several different actors involved, and a degree of uncertainty may arise as to their proper legal characterization. One example is where an irregularity allegedly giving rise to a “miscarriage of justice” occurs during a trial, and the judge makes a mistake when attempting to remedy this irregularity. Would the end result be an “error of law” or a “miscarriage of justice”? While it is not necessary to answer this question, or to articulate a fine line between “errors of law” and errors leading to “miscarriages of justice”, we may safely consider that the two concepts, although they will often have different origins, may have a similar impact on the validity of the verdict.

66 Since both target the same problem and, as we will see below, both may be cured under s. 686(1)(b), this difficulty of classification is not greatly problematic. Thus, whether the defect at trial appears to have been a “wrong decision on a question of law”, or an irregularity allegedly falling within the residual category of “miscarriage of justice”, the circumstances must be considered to see if the error could have played a significant role in the legal validity of the verdict or rendered the trial unfair, in reality or in appearance, or was merely peripheral.

67 Often, it may be that decisions constituting “errors of law” warranting the intervention of the court of appeal will be more easily identifiable than “miscarriages of justice”. Indeed, once the court of appeal concludes that the proper interpretation of the law has not been followed by the trial judge, the conclusion may easily show that the accused has not benefited from a fair trial, or a trial conducted according to the principles of criminal law, and therefore that the decision constituted an “error of

coup, la situation peut sembler relever davantage de la catégorie résiduelle. Le résultat est pourtant le même : le jury a été mis en présence d’une preuve inadmissible.

Toutes sortes d’incidents peuvent se produire au cours d’un procès, de par l’interaction des différents acteurs impliqués, et il peut subsister un degré d’incertitude quant à la bonne façon de les qualifier en droit. À titre d’exemple, supposons qu’une irrégularité engendrant une prétendue « erreur judiciaire » se produise au cours d’un procès et que le juge commette une erreur en tentant d’y remédier. S’agira-t-il en définitive d’une « erreur de droit » ou d’une « erreur judiciaire »? Bien qu’il ne soit pas nécessaire de répondre à cette question ni d’établir une distinction subtile entre les « erreurs de droit » et les erreurs menant à une « erreur judiciaire », nous pouvons, sans risque, tenir pour avéré que ces deux concepts peuvent avoir le même effet sur la validité du verdict, malgré leurs origines souvent différentes.

Étant donné que ces deux notions ciblent le même problème et que, comme nous le verrons plus loin, l’al. 686(1)b) permet de remédier à ces deux types d’erreurs, cette difficulté de classification ne pose pas vraiment de problème. Ainsi, que le vice entachant le procès paraisse constituer une « décision erronée sur une question de droit » ou une irrégularité relevant de la catégorie résiduelle de l’« erreur judiciaire », il faut tenir compte de toutes les circonstances pour déterminer si l’erreur a pu jouer un rôle important quant à la validité du verdict, en droit, ou rendre le procès inéquitable, dans les faits ou en apparence, ou si elle n’a joué qu’un rôle accessoire.

Les décisions qui constituent des « erreurs de droit » et justifient l’intervention de la cour d’appel peuvent, souvent, être plus facilement repérables que les « erreurs judiciaires ». En effet, dès que la cour d’appel conclut que le juge du procès n’a pas adhéré à l’interprétation de la loi qui s’impose, l’issue du procès peut facilement démontrer que l’accusé n’a pas bénéficié d’un procès équitable ou conforme aux principes du droit pénal et que la décision constituait donc une « erreur de droit » au sens

law” within the meaning of s. 686(1)(a)(ii). On the other hand, other types of irregularities which result in unfairness, or appearance of unfairness in the trial, may be more difficult to classify. It will therefore be useful to explore in greater detail the notion of “miscarriage of justice” in s. 686(1)(a)(iii) of the *Code*.

I note that this analysis of the notion of “miscarriage of justice” can also be useful in some cases to determine whether an “error of law” warrants the intervention of the court of appeal under s. 686(1)(a)(ii) of the *Code*. As I mentioned earlier, wrong decisions on a question of law do not always involve a straightforward conclusion that s. 686(1)(a)(ii) is implicated, as some errors of law can be trivial or incidental in the context of particular cases. For instance, if inadmissible evidence is accepted during the trial to prove the identification of the accused, but identification is otherwise proven and is not at issue in the case, the error of law may be merely incidental. If the error of law could not have prejudiced the accused, the conviction will be upheld. Reaching a conclusion in that respect will require a balancing taking into account the circumstances of the case and, more particularly, the nature and impact of the error of law. In that regard, the analysis under s. 686(1)(a)(ii) may call at times upon similar considerations as under s. 686(1)(a)(iii). I will now turn to those considerations.

B. *The Notion of “Miscarriage of Justice” Under Section 686(1)(a)(iii) of the Code*

When should an irregularity which occurred during a trial be said to constitute a “miscarriage of justice” as understood by s. 686(1)(a)(iii)? The essential question in that regard is whether the irregularity was severe enough to render the trial unfair or to create the appearance of unfairness. Contrary to the analysis under s. 686(1)(b), the emphasis here is not so much on the final verdict and the overall strength of the evidence against the accused, but rather on the gravity of the irregularity

du sous-al. 686(1)(a)(ii). Par contre, d’autres types d’irrégularités qui rendent le procès inéquitable ou créent une apparence d’iniquité peuvent être plus difficiles à classer. Il sera donc utile d’examiner plus en profondeur la notion d’« erreur judiciaire » visée au sous-al. 686(1)(a)(iii) du *Code*.

Je souligne que cette analyse de la notion d’« erreur judiciaire » peut également s’avérer utile dans certains cas pour décider si une « erreur de droit » justifie l’intervention de la cour d’appel conformément au sous-al. 686(1)(a)(ii) du *Code*. Comme je l’ai mentionné précédemment, les décisions erronées sur une question de droit ne mènent pas toujours à la conclusion pure et simple que le sous-al. 686(1)(a)(ii) s’applique, car certaines erreurs de droit peuvent être anodines ou accessoires dans certaines situations particulières. Par exemple, l’erreur de droit peut être purement accessoire lorsqu’un élément de preuve inadmissible est reçu au procès pour établir l’identité de l’accusé, mais que la question de l’identité est réglée autrement et n’est pas en cause dans l’instance. Si l’erreur de droit ne pouvait causer aucun préjudice à l’accusé, la déclaration de culpabilité sera maintenue. Pour tirer une conclusion à cet égard, il faut soupeser les circonstances de l’affaire et plus particulièrement la nature et les conséquences de l’erreur. À cet égard, l’analyse effectuée en application du sous-al. 686(1)(a)(ii) fait parfois appel à des critères analogues à ceux applicables en vertu du sous-al. 686(1)(a)(iii). J’examinerai maintenant ces critères.

B. *La notion d’« erreur judiciaire » au sens du sous-al. 686(1)(a)(iii) du Code*

Dans quelle situation peut-on affirmer qu’une irrégularité survenue au cours d’un procès constitue une « erreur judiciaire » au sens du sous-al. 686(1)(a)(iii)? La question essentielle à trancher à cet égard consiste à savoir si l’irrégularité était grave au point de rendre le procès inéquitable ou de créer une apparence d’iniquité. Contrairement à l’analyse qui prévaut en application de l’al. 686(1)(b), on ne met pas ici l’accent tant sur le verdict final et la valeur globale de la preuve produite contre l’accusé

68

69

and the effect it may have had on the fairness of the trial.

70

I should mention that this analysis of “miscarriage of justice” presupposes that the trial court is competent in relation to the infraction. The court’s lack of initial jurisdiction and also its loss of jurisdiction because of clear and serious violations of fundamental principles of natural justice can create an automatic “miscarriage of justice”, without it being necessary to examine whether the trial was unfair or appeared unfair. For instance, in a case where there is a reasoned apprehension of bias on the part of the trial judge, there is an automatic “miscarriage of justice” without having to take the analysis any further to assess the impact of his bias (see *R. v. Curragh Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 537, at paras. 5-7).

71

Such a jurisdictional miscarriage of justice cannot be cured under s. 686(1)(b)(iv), even if the weight of the evidence is overwhelming against the accused. As we will see below, s. 686(1)(b)(iv) is the provision under which alleged “miscarriages of justice” as understood by para. (a)(iii) may eventually be cured, if they are found to be mere procedural irregularities not rising to the level of a failure of justice. However, s. 686(1)(b)(iv) indicates that a conviction may be saved, provided that the court “had jurisdiction over the class of offence of which the appellant was convicted”. Therefore, the curing option would not apply to the type of error which is so fundamental to trial fairness that it amounts to or results in a lack of jurisdiction.

72

This being said, the other types of irregularities require that the whole of the circumstances of each case be carefully weighed in determining whether the trial has been rendered unfair in reality or in appearance. In so doing, the court of appeal must bear in mind that the accused is not entitled to a perfect trial. He is entitled to a fair trial, but it is inevitable that minor irregularities will occur from

que sur la gravité de l’irrégularité et les conséquences de celle-ci sur l’équité du procès.

Je dois mentionner que cette analyse sur l’« erreur judiciaire » présuppose la compétence du tribunal de première instance à l’égard de l’infraction. Le défaut de compétence initiale du tribunal ainsi que la perte de compétence de celui-ci en raison de manquements graves et flagrants aux principes fondamentaux de justice naturelle peuvent engendrer automatiquement une « erreur judiciaire », sans qu’il soit nécessaire de déterminer si le procès était ou paraissait inéquitable. Par exemple, l’existence d’une appréhension raisonnée de partialité de la part du juge du procès entraîne automatiquement une « erreur judiciaire », sans qu’on doive pousser l’analyse plus en profondeur pour tenter d’apprécier les conséquences de sa partialité (voir *R. c. Curragh Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 537, par. 5-7).

Le sous-alinéa 686(1)(b)(iv) ne permet pas de remédier à une telle erreur judiciaire touchant la compétence, même si la preuve contre l’accusé est accablante. Comme nous le verrons plus loin, le sous-al. 686(1)(b)(iv) est la disposition en vertu de laquelle on pourra, en définitive, remédier aux prétendues « erreurs judiciaires » au sens du sous-al. a)(iii), à condition qu’il s’agisse de simples irrégularités de procédure qui ne peuvent être qualifiées de déni de justice. Cependant, le sous-al. 686(1)(b)(iv) dispose qu’une déclaration de culpabilité peut être maintenue, dans la mesure où le tribunal de première instance « était compétent à l’égard de la catégorie d’infractions dont fait partie celle dont l’appelant a été déclaré coupable ». En conséquence, la possibilité de remédier à l’irrégularité ne s’appliquerait pas au type d’erreur qui touche si fondamentalement l’équité du procès qu’elle équivaut ou donne lieu à un défaut de compétence.

Cela dit, les autres types d’irrégularités commandent un examen minutieux de l’ensemble des circonstances de chaque affaire dans le but de déterminer si le procès a été rendu inéquitable, dans les faits ou en apparence. Ce faisant, la cour d’appel doit garder à l’esprit que l’accusé n’a pas droit à un procès parfait. Il a droit à un procès équitable, mais il est inévitable que des irrégularités mineures

time to time. The trial cannot be held to a standard of perfection, provided it remains fair in reality and in appearance. See *R. v. Find*, [2001] 1 S.C.R. 863, 2001 SCC 32, at para. 28; *R. v. Carosella*, [1997] 1 S.C.R. 80, at para. 74; *R. v. G. (S.G.)*, [1997] 2 S.C.R. 716, at para. 101; *R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562, at para. 45.

Whether a “miscarriage of justice” has occurred asks whether the trial was unfair, or alternatively whether an appearance of unfairness was created. See e.g. *Cameron, supra*, at pp. 101-2; *R. v. Hertrich* (1982), 67 C.C.C. (2d) 510 (Ont. C.A.), at p. 543. This last element should be evaluated in relation to a reasonable and objective observer, by asking if the irregularity would be such as to taint the administration of justice in his or her eyes. The fact that some member of the public may consider the trial to have been unfair is not sufficient. We must look at whether a well-informed, reasonable person considering the whole of the circumstances would have perceived the trial as being unfair or as appearing to be so.

Courts should refrain from devising any strict formula in order to determine whether a “miscarriage of justice” has taken place. Irregularities which can occur during a trial may take many unpredictable forms. (See generally G. D. McKinnon, *The Criminal Lawyers’ Guide to Appellate Court Practice* (1997), at pp. 89 ff.; P. Béliveau and M. Vaclair, *Traité général de preuve et de procédure pénales* (8th ed. 2001), at pp. 902 ff.; S. A. Cohen, “Controlling the Trial Process: The Judge and the Conduct of Trial” (1977), 36 C.R.N.S. 15.) Some may impact the trial in a way which deprives the accused of a fair defence, while others are less significant, depending on the circumstances. The gravity of irregularities which may occur must inevitably be evaluated by courts on a case-by-case basis. This being said, certain elements can provide reference points in determining whether a miscarriage of justice has occurred.

First, one should ask whether the irregularity pertained to a question which was, in law or in fact,

se produisent à l’occasion. On ne saurait exiger que le procès atteigne la perfection, dans la mesure où il demeure équitable dans les faits et en apparence. Voir *R. c. Find*, [2001] 1 R.C.S. 863, 2001 CSC 32, par. 28; *R. c. Carosella*, [1997] 1 R.C.S. 80, par. 74; *R. c. G. (S.G.)*, [1997] 2 R.C.S. 716, par. 101; *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562, par. 45.

La question de savoir si une « erreur judiciaire » s’est produite soulève celle de savoir si le procès était inéquitable ou, subsidiairement, s’il y a eu apparence d’iniquité. Voir p. ex. *Cameron*, précité, p. 101-102; *R. c. Hertrich* (1982), 67 C.C.C. (2d) 510 (C.A. Ont.), p. 543. Ce dernier élément devrait être évalué en fonction de l’observateur raisonnable et objectif qui se demande si l’irrégularité est telle qu’elle déconsidère l’administration de la justice à ses yeux. Le fait qu’un membre du public puisse considérer que le procès a été inéquitable n’est pas suffisant. Nous devons nous demander si une personne raisonnable et bien renseignée qui tiendrait compte de l’ensemble des circonstances aurait eu la perception que le procès était ou paraissait inéquitable.

Les tribunaux devraient se garder d’élaborer une formule stricte pour décider si une « erreur judiciaire » est survenue. Les irrégularités susceptibles de survenir au cours d’un procès peuvent revêtir plusieurs formes imprévisibles. (Voir généralement G. D. McKinnon, *The Criminal Lawyers’ Guide to Appellate Court Practice* (1997), p. 89 et suiv.; P. Béliveau et M. Vaclair, *Traité général de preuve et de procédure pénales* (8^e éd. 2001), p. 902 et suiv.; S. A. Cohen, « Controlling the Trial Process : The Judge and the Conduct of Trial » (1977), 36 C.R.N.S. 15.) Certaines d’entre elles peuvent influencer le procès d’une manière qui prive l’accusé d’une défense équitable, alors que d’autres sont moins importantes selon les circonstances. La gravité des irrégularités qui peuvent survenir doit inévitablement être appréciée par les tribunaux au cas par cas. Cela dit, certains éléments peuvent servir de points de référence sur la question de savoir si une erreur judiciaire a été commise.

Premièrement, il y a lieu de se demander si l’irrégularité est liée à une question qui, sur le plan des

73

74

75

central to the case against the accused. Thus, an irregularity which is related to a central point of the case is more likely to be fatal than one concerning a mere peripheral point (see e.g. *Olbey v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 1008, at p. 1029). Of course, this issue will not always be absolutely determinative, and it is possible that a serious irregularity on a peripheral point can have rendered the trial unfair in reality or in appearance. Moreover, it is important to realize that some irregularities will not relate to a particular element in the case, but will rather create a general apprehension of unfairness on the whole of the case. This could occur, for instance, if jurors were led, through some irregularity, to feel greater sympathy for the Crown's case in general or greater antipathy towards the accused.

76

Second, the court of appeal should consider the relative gravity of the irregularity. How much influence could it have had on the verdict? What are the chances that the apprehended detrimental effect of the irregularity did in fact occur? How severe could these detrimental effects have been for the accused's case? This is important not only in relation to an actual finding of unfairness, but also in relation to the appearance of unfairness. A single irregularity which is unlikely to have had any significant impact would seem to indicate to the reasonable observer that the trial appeared fair.

77

When the court considers the gravity of the error, it should also consider the possible cumulative effect of several irregularities during the trial. Sometimes, a trial in which more than one error has occurred can be seen as unfair, even if these irregularities standing alone might not have been fatal on their own. (In that regard, compare *Cathro v. The Queen*, [1956] S.C.R. 101, with the dissenting judgment of Laskin J.A. of the Ontario Court of Appeal in *R. v. Ferguson* (2000), 142 C.C.C. (3d) 353, at pp. 376-77, which was affirmed by this Court, [2001] 1 S.C.R. 281, 2001 SCC 6.) Conversely, when, apart from one alleged irregularity, the trial was otherwise

faits ou du droit, était cruciale quant à la preuve produite contre l'accusé. Une irrégularité liée à un aspect crucial de l'affaire est donc plus susceptible d'être fatale qu'une autre touchant un aspect purement accessoire (voir p. ex. *Olbey c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 1008, p. 1029). Il va de soi que cette question ne sera pas toujours absolument déterminante, et il est possible qu'une irrégularité grave liée à un aspect accessoire ait rendu le procès inéquitable dans les faits ou en apparence. Il est en outre important de reconnaître que certaines irrégularités ne porteront pas sur un aspect particulier de l'affaire, mais créeront plutôt une appréhension générale d'iniquité pour ce qui est de l'ensemble de l'affaire. Cela pourrait se produire notamment dans le cas où une irrégularité amènerait les jurés à ressentir une plus grande sympathie en général à l'égard des prétentions du ministère public ou une plus grande antipathie à l'égard de l'accusé.

Deuxièmement, la cour d'appel devrait prendre en compte la gravité relative de l'irrégularité. Dans quelle mesure cette irrégularité a-t-elle pu influencer le verdict? Quelle est la possibilité que l'effet préjudiciable redouté de l'irrégularité se soit effectivement produit? À quel point ces effets préjudiciables ont-ils pu nuire à la cause de l'accusé? Cette démarche revêt de l'importance pour déterminer s'il y a eu non seulement iniquité dans les faits, mais également apparence d'iniquité. La présence d'une irrégularité isolée, qui n'était pas susceptible d'entraîner des conséquences importantes, laisserait l'observateur raisonnable croire que le procès était apparemment équitable.

Lorsqu'elle apprécie la gravité de l'erreur, la cour devrait également prendre en considération l'effet cumulatif éventuel de plusieurs irrégularités survenues au cours du procès. Un procès dans le cadre duquel plus d'une erreur a été commise peut parfois paraître inéquitable, même si aucune irrégularité n'aurait été nécessairement fatale en soi. (Sur ce point, comparer *Cathro c. The Queen*, [1956] R.C.S. 101, avec la dissidence exprimée par le juge Laskin de la Cour d'appel de l'Ontario dans *R. c. Ferguson* (2000), 142 C.C.C. (3d) 353, p. 376-377, que notre Cour a confirmée, [2001] 1 R.C.S. 281, 2001 CSC 6.) Inversement, lorsque le procès est par ailleurs

error-free, the court may sometimes be justified in forgiving the error more easily.

Third, one should be mindful of the type of trial during which the error has occurred. Was it a trial by jury or by a judge sitting alone? Sometimes, irregularities can have a more severe impact on the fairness of the trial when they occur during a trial before a judge and a jury. This is especially true considering that some irregularities can have a psychological effect, which we presume judges are more apt to overcome than juries. However, this question is not absolutely determinative, and some irregularities will render the trial unfair even if they occurred before a judge sitting alone, while other mistakes may not be fatal even if they took place before a jury. Thus, a well-instructed jury may have the capacity to overcome irregularities.

Fourth, and related, is the possibility that the irregularity may have been remedied, in full or in part, at the trial. When the trial judge realizes that an irregularity has occurred, he or she may consider whether to declare a mistrial, but when possible, he or she may also attempt to remedy the error. The decision of whether or not to declare a mistrial falls within the discretion of the judge, who must assess whether there is a real danger that trial fairness has been compromised (see *Emkeit, supra*, at pp. 139-40; *R. v. Martineau* (1986), 33 C.C.C. (3d) 573 (Que. C.A.), at p. 576; *R. v. Lessard* (1992), 74 C.C.C. (3d) 552, [1992] R.J.Q.1205 (C.A.), at pp. 559-63 C.C.C.; *R. v. Taillefer* (1995), 100 C.C.C. (3d) 1, 40 C.R. (4th) 287 (Que. C.A.), at p. 54 C.C.C.). Although that discretion is not absolute, its exercise must not be routinely second-guessed by the court of appeal.

A decision on whether an incident has affected trial fairness in a way which would warrant declaring a mistrial must take into account any corrective measure which has been brought, or could be brought, by the judge to remedy the irregularity (see e.g. *Lessard, supra*, at pp. 559-63 C.C.C.; *R. (R.)*, *supra*, at p. 197; *R. v. Siu* (1998), 124 C.C.C. (3d)

sans faille, hormis l'irrégularité reprochée, la cour peut parfois être fondée à pardonner l'erreur plus facilement.

Troisièmement, il convient de garder à l'esprit le type de procès dans le cadre duquel l'erreur a été commise. S'agissait-il d'un procès devant jury ou devant un juge siégeant seul? Les irrégularités peuvent parfois avoir des conséquences plus graves sur l'équité du procès lorsqu'elles surviennent au cours d'un procès devant juge et jury. Cela est d'autant plus vrai que certaines irrégularités peuvent avoir un effet psychologique que les juges sont présumés plus aptes à surmonter que les jurés. Cependant, cette question n'est pas absolument déterminante, et certaines irrégularités auront pour effet de rendre le procès inéquitable même si elles se produisent devant un juge siégeant seul, alors que d'autres erreurs ne seront pas fatales même en présence d'un jury. Ainsi, un jury qui a reçu des directives appropriées peut surmonter certaines irrégularités.

Quatrièmement et corrélativement, il se peut qu'il ait été remédié à l'irrégularité en tout ou en partie lors du procès. Lorsque le juge du procès se rend compte de l'existence d'une irrégularité, il peut envisager d'annuler le procès mais, dans la mesure du possible, il peut aussi tenter de remédier à l'erreur. La décision d'annuler le procès ou non relève du pouvoir discrétionnaire du juge, qui doit vérifier s'il existe un danger réel que l'équité du procès ait été compromise (voir *Emkeit*, précité, p. 139-140; *R. c. Martineau*, [1986] A.Q. n° 2049 (QL) (C.A.), par. 15; *Lessard c. La Reine*, [1992] R.J.Q. 1205 (C.A.), p. 1210-1213; *R. c. Taillefer* (1995), 40 C.R. (4th) 287 (C.A. Qué.), p. 348). Même si ce pouvoir discrétionnaire n'est pas absolu, la cour d'appel doit se garder d'en mettre systématiquement l'exercice en doute après coup.

Pour décider si un incident a porté atteinte à l'équité du procès de manière à en justifier l'annulation, il faut tenir compte de toute mesure réparatrice que le juge a prise ou pouvait prendre afin de remédier à l'irrégularité (voir p. ex. l'arrêt *Lessard*, précité, p. 1210-1213; *R. (R.)*, précité, p. 197; *R. c. Siu* (1998), 124 C.C.C. (3d) 301 (C.A.C.-B.),

78

79

80

301 (B.C.C.A.), at p. 327). Similarly, it is interesting to note that in decisions involving the possibility of granting a “stay of proceedings”, an inquiry into the possible alternative solutions available to remedy an apprehension of unfairness is also relevant (see *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Tobias*, [1997] 3 S.C.R. 391, at para. 90; *R. v. O’Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411, at para. 75).

81

Thus, when a trial judge realizes that an error has occurred but decides not to order a mistrial, the court should consider the remedy selected by the judge, if any, as one of the elements in its assessment of whether the trial has been or has appeared unfair. If the remedy chosen by the judge consisted of a warning to the jury on what they should or should not consider in reaching their verdict, the ability of a jury to follow instructions must be recognized, although this reality is obviously subject to its own limits. In the case of *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670, at pp. 692-94, Dickson C.J. stated:

In my view, it would be quite wrong to make too much of the risk that the jury might use the evidence for an improper purpose. This line of thinking could seriously undermine the entire jury system. The very strength of the jury is that the ultimate issue of guilt or innocence is determined by a group of ordinary citizens who are not legal specialists and who bring to the legal process a healthy measure of common sense. The jury is, of course, bound to follow the law as it is explained by the trial judge. Jury directions are often long and difficult, but the experience of trial judges is that juries do perform their duty according to the law. . . .

It is of course, entirely possible to construct an argument disputing the theory of trial by jury. Juries are capable of egregious mistakes and they may at times seem to be ill-adapted to the exigencies of an increasingly complicated and refined criminal law. But until the paradigm is altered by Parliament, the Court should not be heard to call into question the capacity of juries to do the job assigned to them. The ramifications of any such statement could be enormous. Moreover, the fundamental right to a jury trial has recently been underscored by s. 11(f) of the *Charter*. If that right is so important, it is

p. 327). De manière analogue, il est intéressant de noter que, dans les décisions mettant en cause la possibilité d’accorder la « suspension des procédures », un examen des solutions de rechange possibles pour remédier à une appréhension d’iniquité s’avère également pertinent (voir *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) c. Tobias*, [1997] 3 R.C.S. 391, par. 90; *R. c. O’Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, par. 75).

Par conséquent, lorsque le juge du procès se rend compte d’une erreur commise sans pour autant décider d’annuler le procès, la cour devrait considérer la réparation choisie par le juge, le cas échéant, comme l’un des éléments à prendre en compte pour déterminer si le procès a été ou a paru inéquitable. Si la réparation choisie par le juge consiste en une mise en garde au jury sur ce que celui-ci devrait ou ne devrait pas prendre en considération pour rendre son verdict, il faut reconnaître la capacité du jury de suivre des directives même s’il va de soi que, dans les faits, cette capacité a des limites qui lui sont inhérentes. Dans l’arrêt *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670, p. 692-694, le juge en chef Dickson a écrit ce qui suit :

Selon moi, on aurait bien tort de trop insister sur le risque que le jury puisse faire mauvais usage de ladite preuve. En effet, une telle attitude pourrait nuire gravement à l’ensemble du système de jurys. Ce qui fait toute la force du jury, c’est que la question ultime de la culpabilité ou de l’innocence est tranchée par un groupe de citoyens ordinaires qui ne sont pas des juristes et qui apportent au processus judiciaire une saine mesure de bon sens. Le jury est évidemment tenu de respecter les principes de droit que lui explique le juge du procès. Les directives aux jurys sont souvent longues et ardues, mais l’expérience des juges confirme que les jurys s’acquittent de leurs obligations d’une manière conforme à la loi . . .

Bien entendu, il est tout à fait possible de concevoir un argument qui attaque la théorie du procès avec jury. Les jurys sont capables de commettre des erreurs énormes et ils peuvent parfois sembler mal adaptés aux exigences d’un droit criminel de plus en plus compliqué et subtil. Mais tant que le législateur n’aura pas modifié le modèle existant, la cour devra s’abstenir de mettre en doute la capacité des jurys d’accomplir la tâche qui leur est assignée. Toute expression de doute de ce genre risquerait d’avoir des conséquences incalculables. De plus, le droit fondamental à un procès avec jury a été souligné

logically incoherent to hold that juries are incapable of following the explicit instructions of a judge. . . .

We should maintain our strong faith in juries which have, in the words of Sir William Holdsworth, “for some hundreds of years been constantly bringing the rules of law to the touchstone of contemporary common sense” (Holdsworth, *A History of English Law* (7th ed. 1956), vol. I, at p. 349). [Emphasis in original.]

Thus, we should not presume that jurors are incapable of following instructions given by the judge. On the contrary, when the judge issues a clear and forceful warning about the use of some information, we are entitled to presume that it diminishes the danger that the jury will misuse this information when rendering its verdict.

The Quebec Court of Appeal case of *Lessard*, *supra*, provides an interesting illustration. Four men were charged with several murders in relation to alleged biker gang disputes. During the course of the jury’s deliberations, one of the jurors revealed to the judge that he had been bribed to vote in favour of an acquittal. He also told the judge that he had revealed this matter to the other jurors. The judge declined to declare a mistrial. He decided to discharge this particular juror, and to continue the deliberations with eleven jurors, as allowed by s. 644(2) of the *Code*. He took the precaution of warning the remaining jurors to take into consideration only the evidence that was presented before them, and to not let what they had learned about the attempted bribe influence their decision. The Quebec Court of Appeal confirmed the decision of the trial judge to go on with the trial and upheld the conviction. Baudouin J.A. emphasized at p. 563 C.C.C. the privileged position of the trial judge when choosing the appropriate remedy when such mistakes happen during a trial:

[TRANSLATION] The trial judge is the person, much more so than the Court of Appeal judges several years later, in the best position to assess its true, concrete and practical impact on the jury, in light of the general atmosphere in which the trial took place, the specific circum-

réemment par l’al. 11f) de la *Charte*. Or, si ce droit revêt une telle importance, il est tout à fait illogique de conclure que les jurys sont incapables de suivre les directives explicites d’un juge . . .

Nous devrions conserver notre foi dans les jurys qui, comme l’a affirmé sir William Holdsworth, [TRANSLATION] « depuis des centaines d’années n’ont cessé d’appliquer les règles de droit en fonction du bon sens contemporain » (Holdsworth, *A History of English Law* (7th ed. 1956), vol. I, à la p. 349). [Souligné dans l’original.]

Nous ne devons donc pas présumer que les jurés sont incapables de suivre les directives données par le juge. Au contraire, lorsque le juge fait une mise en garde claire et ferme sur l’utilisation de certains renseignements, nous pouvons présumer que le risque que le jury fasse mauvais usage de ces renseignements pour rendre son verdict s’en trouve réduit.

L’arrêt *Lessard*, précité, rendu par la Cour d’appel du Québec, illustre cette situation de manière intéressante. Quatre hommes ont été accusés de plusieurs meurtres liés à de prétendues rivalités entre bandes de motards. Au cours des délibérations du jury, un des jurés a révélé au juge qu’il avait reçu un pot-de-vin pour se prononcer en faveur d’un acquittement. Il a également informé le juge qu’il avait révélé cet incident aux autres jurés. Le juge a refusé d’annuler le procès, décidant plutôt de libérer ce juré et de laisser les onze autres jurés poursuivre leurs délibérations, comme le permet le par. 644(2) du *Code*. Le juge a pris soin d’avertir les autres jurés de ne tenir compte que de la preuve qui leur avait été soumise et de ne pas se laisser influencer par ce qu’ils avaient appris à propos de la tentative de corruption. La Cour d’appel du Québec a confirmé la décision prise par le juge du procès de continuer le procès et elle a confirmé la déclaration de culpabilité. Le juge Baudouin a souligné, à la p. 1212, que le juge du procès était le mieux placé pour choisir la réparation appropriée lorsque de telles erreurs surviennent au cours du procès :

Le juge de première instance est celui qui, bien plus que nous en Cour d’appel plusieurs années plus tard, est le mieux placé pour évaluer son impact réel, concret et pratique sur le jury, en tenant compte de l’atmosphère générale dans laquelle le procès s’est déroulé, des

82

83

stances of the case, of what he may have observed during all the stages of the trial and the reaction of the members of the jury at the time of his comments on the incident. He is also in the best position to find a solution which would neutralize the poison distilled in the minds of the jury. His decision must therefore be given the greatest respect and it is only where the evidence shows that he was clearly mistaken and that he did not properly exercise his discretion that, in my view, a Court of Appeal can and must intervene.

84 Fifth, one must keep in mind that what matters most is the effect of the irregularity on the fairness of the trial and the appearance of fairness. Therefore, it will not be a mitigating factor that the irregularity did not result from a deliberate act by the Crown, the judge, or one of the court officials. In some cases, the intentional nature of the irregularity may be a factor which will contribute to the appearance of unfairness. However, one should not invoke the accidental nature of an irregularity to argue that it is less likely to have triggered a “miscarriage of justice”.

85 Sixth, the attitude of defence counsel if and when he was confronted with the irregularity may have an impact. Therefore, if defence counsel had an opportunity to object to the irregularity and failed to do so, this militates for a finding that the trial was not unfair (see *Imrich v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 622, at p. 631; *Lewis v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 821, at p. 840; *R. v. Jacquard*, [1997] 1 S.C.R. 314, at paras. 36-38). Of course, this is not absolutely determinative, as a trial can be declared unfair even if defence counsel failed to object (see e.g. *R. v. Arcangioli*, [1994] 1 S.C.R. 129).

86 If the accused’s counsel himself saw no unfairness resulting from a certain irregularity at trial, this would tend to indicate that the trial was not unfair, in reality or appearance. Even if an irregularity might seem prejudicial to the accused, the failure to object may very well be a calculated tactical decision by defence counsel. Hence, courts must be careful to avoid second-guessing such tactical decisions (see e.g. *R. v. G.D.B.*, [2000] 1 S.C.R. 520, 2000 SCC 22, at paras. 34-35; *R. v. Terceira* (1998), 123

circonstances propres à l’espèce, de ce qu’il a pu observer durant toutes les étapes du procès et de la réaction des membres du jury lors de ses commentaires sur l’incident. Il est également le mieux placé pour trouver la solution permettant de neutraliser le poison ainsi distillé dans l’esprit du jury. Sa décision doit donc bénéficier du plus grand respect et ce n’est que si la preuve révèle qu’il s’est clairement trompé et qu’il n’a pas bien exercé sa discrétion, qu’à mon avis une Cour d’appel peut et doit intervenir.

Cinquièmement, il convient de garder à l’esprit que ce qui importe le plus est la conséquence de l’irrégularité sur l’équité et sur l’apparence d’équité du procès. Ainsi, le fait que l’irrégularité ne résulte pas d’un acte délibéré du ministère public, du juge ou d’un fonctionnaire de la cour ne constituera pas un facteur atténuant. Dans certains cas, la nature intentionnelle de l’irrégularité peut constituer un facteur contribuant à l’apparence d’iniquité. Cependant, on ne devrait pas invoquer la nature accidentelle d’une irrégularité pour faire valoir que celle-ci est moins susceptible d’avoir entraîné une « erreur judiciaire ».

Sixièmement, l’attitude que l’avocat de la défense adopte en prenant connaissance de l’irrégularité, le cas échéant, peut jouer. Ainsi, le fait que l’avocat de la défense a eu l’occasion de s’opposer à l’irrégularité et s’en est abstenu milite en faveur d’une conclusion portant que le procès n’était pas inéquitable (voir *Imrich c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 622, p. 631; *Lewis c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 821, p. 840; *R. c. Jacquard*, [1997] 1 R.C.S. 314, par. 36-38). Il est entendu que cet élément n’est pas absolument déterminant, car un procès peut être considéré inéquitable même si l’avocat de la défense omet de soulever une objection à une irrégularité (voir p. ex. *R. c. Arcangioli*, [1994] 1 R.C.S. 129).

Si l’avocat de l’accusé lui-même ne considère pas qu’une iniquité résulte d’une irrégularité au procès, on serait porté à croire que le procès n’a pas été inéquitable dans les faits ou en apparence. Même si l’irrégularité peut sembler préjudiciable à l’accusé, l’omission par l’avocat de la défense de s’y opposer peut fort bien s’avérer une décision calculée d’ordre tactique. Les tribunaux doivent donc se garder d’évaluer rétrospectivement de telles décisions d’ordre tactique (voir p. ex. *R. c.*

C.C.C. (3d) 1 (Ont. C.A.), at p. 32, aff'd [1999] 3 S.C.R. 866; *R. v. P. (G.)* (1996), 112 C.C.C. (3d) 263 (Ont. C.A.), at p. 286). The inference drawn from counsel's failure to object may be even stronger when he expressly gave his consent to the alleged irregularity. Finally, the more counsel had time to reflect to bring an objection, the more this criterion will be determinative, and the more it will be appropriate to infer that the trial was not unfair (see *R. v. Chambers*, [1990] 2 S.C.R. 1293, at p. 1306).

I note that none of these factors should be absolutely determinative on its own. Rather, they should be considered together in light of the circumstances of each case in order to assess whether the trial has been unfair. Moreover, these criteria are not exhaustive. Other factors may be articulated which will inform the analysis under s. 686(1)(a)(iii) of the *Code* to determine whether a "miscarriage of justice" has occurred.

C. *The Curative Proviso in Section 686(1)(b)(iii) and (iv) of the Code*

The second stage of the analysis is the applicability of s. 686(1)(b). (For an account of the proviso's legislative history, see R. R. Price and P. W. Mallea, "Not by Words Alone": Criminal Appeals and the No Substantial Wrong or Miscarriage of Justice Rule", in V. M. Del Buono, ed., *Criminal Procedure in Canada* (1982), 453, at pp. 457-61.) Although it was adopted in several stages, it should now be viewed and construed in its totality. It evinces a legislative intent to allow courts of appeal to cure all kinds of procedural irregularities and errors in law, provided the required conditions for its application are met. The structure of these provisions acknowledges that, when an error of law or a procedural irregularity is established, a presumption is created in favor of allowing the appeal, unless it is shown that the error or irregularity is curable. At this point in its legislative development, the scope of application of the proviso appears now to have become a broad one. It calls upon appellate courts to assess the relevance

G.D.B., [2000] 1 R.C.S. 520, 2000 CSC 22, par. 34-35; *R. c. Terceira* (1998), 123 C.C.C. (3d) 1 (C.A. Ont.), p. 32, conf. par [1999] 3 R.C.S. 866; *R. c. P. (G.)* (1996), 112 C.C.C. (3d) 263 (C.A. Ont.), p. 286). L'inférence découlant de l'omission par l'avocat de s'opposer à l'irrégularité peut même devenir plus forte lorsque celui-ci consent expressément à l'irrégularité alléguée. Enfin, plus l'avocat a eu le temps de réfléchir à la possibilité de soulever une objection, plus ce critère est déterminant et plus il est approprié d'inférer que le procès n'a pas été inéquitable (voir *R. c. Chambers*, [1990] 2 R.C.S. 1293, p. 1306).

Je précise qu'aucun de ces facteurs ne devrait être déterminant en soi. Il faudrait plutôt apprécier ces facteurs dans leur ensemble, à la lumière des circonstances de chaque affaire, pour déterminer si le procès a été inéquitable. En outre, ces critères ne sont pas exhaustifs. On pourra invoquer d'autres facteurs susceptibles de guider l'analyse prévue au sous-al. 686(1)(a)(iii) du *Code* pour décider si une « erreur judiciaire » est survenue.

C. *La disposition réparatrice prévue aux sous-al. 686(1)(b)(iii) et (iv) du Code*

Le deuxième volet de l'analyse concerne l'application de l'al. 686(1)(b). (Pour un compte rendu de l'historique législatif de la disposition réparatrice, voir R. R. Price et P. W. Mallea, « "Pas seulement avec des mots" : La règle concernant le doute raisonnable et l'absence de tort important ou d'erreur judiciaire grave dans les décisions des cours d'appel canadiennes en droit pénal », dans V. M. Del Buono, dir., *Procédure pénale au Canada* (1983), 521, p. 525-529.) Même si cette disposition a été adoptée en plusieurs étapes, il faut aujourd'hui la considérer et l'interpréter comme un tout. Elle exprime l'intention du législateur de permettre aux cours d'appel de remédier à tous les types d'irrégularités de procédure et d'erreurs de droit, pourvu qu'il soit satisfait aux conditions d'application requises. La structure de ces dispositions crée une présomption suivant laquelle l'appel sera accueilli s'il est établi qu'une erreur de droit ou une irrégularité de procédure est survenue, à moins que soit démontrée la possibilité de remédier à cette erreur ou à cette irrégularité. Au

87

88

of legal issues, the fairness of the process and the prejudice to the accused.

89

The proviso is currently governed by s. 686(1)(b)(iii) and (iv) of the *Code*. Paragraph (b)(i) provides that the court of appeal may dismiss an appeal by substituting a conviction for a lesser included offence. This particular provision is of no interest to us in the present analysis. Paragraph (b)(ii) instructs the appellate court to reject the appeal if none of the defects presented in para. (a) have been found. Thus, by necessary implication, this means that paras. (b)(iii) and (b)(iv) inevitably address situations where the court of appeal has first found that one of the grounds of para. (a) has been satisfied in the first stage of the analysis, but may nevertheless dismiss the appeal at the second stage.

90

Section 686(1)(b)(iii) allows an appellate court to uphold a conviction despite the fact that it was based on an “error of law”, within the meaning of para. (a)(ii), provided that “no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred”. In order to invoke this provision successfully, the Crown must demonstrate that any reasonable judge or jury would have rendered the same verdict (see *R. v. Brooks*, [2000] 1 S.C.R. 237, 2000 SCC 11, at para. 104; *R. v. Cleghorn*, [1995] 3 S.C.R. 175, at para. 39; *R. v. Bevan*, [1993] 2 S.C.R. 599, at pp. 616-17; *R. v. S. (P.L.)*, [1991] 1 S.C.R. 909, at p. 919). Even though an important error of law could have influenced the decision, it would not be appropriate to reverse the conviction when the evidence is so overwhelming against the accused that it would inevitably lead to the same result. Since a new trial before a reasonable judge or jury would inevitably lead to a conviction, to order a new trial would only result in a waste of time and resources. Similarly, when the court of appeal finds that the evidence against the accused would inevitably have led to the same result, it can uphold a conviction despite having found under para. (a)(iii) that a procedural

stade actuel de son cheminement législatif, la disposition réparatrice paraît avoir acquis une portée étendue. Elle laisse aux cours d’appel le soin d’apprécier la pertinence des questions de droit, le caractère équitable du processus et le préjudice causé à l’accusé.

La disposition réparatrice est aujourd’hui régie par les sous-al. 686(1)(b)(iii) et (iv) du *Code*. Le sous-alinéa b)(i) dispose que la cour d’appel peut rejeter un appel en substituant une déclaration de culpabilité pour une infraction moindre et incluse. Cette disposition particulière ne nous est d’aucune utilité quant à la présente analyse. Aussi, le sous-al. b)(ii) prévoit que la cour d’appel peut rejeter l’appel si aucun des vices énoncés à l’al. a) n’a été relevé. Cela signifie donc nécessairement que les sous-al. b)(iii) et b)(iv) visent inévitablement des situations où la cour d’appel a d’abord conclu à l’un des motifs prévus à l’al. a) dans le cadre du premier volet de l’analyse, mais où elle peut néanmoins rejeter l’appel lors du second volet de l’analyse.

Dans la mesure où « aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave ne s’est produit », le sous-al. 686(1)(b)(iii) habilite la cour d’appel à confirmer une déclaration de culpabilité malgré que celle-ci soit fondée sur une « erreur de droit » au sens du sous-al. a)(ii). Pour se prévaloir de cette disposition, le ministère public doit démontrer que tout juge ou jury raisonnable aurait rendu le même verdict (voir *R. c. Brooks*, [2000] 1 R.C.S. 237, 2000 CSC 11, par. 104; *R. c. Cleghorn*, [1995] 3 R.C.S. 175, par. 39; *R. c. Bevan*, [1993] 2 R.C.S. 599, p. 616-617; *R. c. S. (P.L.)*, [1991] 1 R.C.S. 909, p. 919). Même si une erreur de droit grave a pu influencer la décision, il ne conviendrait pas d’annuler la déclaration de culpabilité lorsque la preuve contre l’accusé est à ce point accablante qu’elle mènerait inévitablement au même résultat. Étant donné qu’un nouveau procès devant un juge ou un jury raisonnable mènerait forcément à une déclaration de culpabilité, une ordonnance de nouveau procès n’occasionnerait qu’une perte de temps et de ressources. De manière analogue, lorsque la cour d’appel estime que la preuve contre l’accusé aurait inévitablement mené au même résultat, elle peut confirmer la déclaration de culpabilité même en ayant conclu en vertu

irregularity not amounting to a miscarriage of justice had occurred.

It is true that this Court, in *Fanjoy*, *supra*, at pp. 239-40, refused to consider the application of the proviso in para. (b)(iii) to cure a conviction which had been tainted by a failure to limit an improper cross-examination of the accused. The Court underlined that para. (b)(iii) was, by its express words, applicable to cure only errors of law under para. (a)(ii). However, it is important to stress that para. (b) now contains a fourth subparagraph which was not in force at the time the *Fanjoy* case was heard. In fact, in July 1985, a few months after *Fanjoy* was heard by this Court and shortly before the decision was released, Parliament amended the *Criminal Code* and added s. 686(1)(b)(iv) (see the *Criminal Law Amendment Act, 1985*, R.S.C. 1985, c. 27 (1st Supp.), s. 145). This provision states that a court of appeal may uphold a conviction if “notwithstanding any procedural irregularity at trial, the trial court had jurisdiction over the class of offence of which the appellant was convicted and the court of appeal is of the opinion that the appellant suffered no prejudice thereby”.

Parliament seems to have attempted to answer a problem in the structure of s. 686(1) of the *Code* through this amendment by conferring upon courts of appeal the power to cure procedural irregularities not amounting to a miscarriage of justice in the same way as “errors of law” may be cured. Thus, it appears now that s. 686(1)(b)(iv) allows a court of appeal to uphold a conviction despite a procedural irregularity which is alleged to be miscarriage of justice as understood in para. (a)(iii).

This solution is the most logical. Indeed, why should it be possible under s. 686(1)(b) to cure any important “error of law”, but not another irregularity allegedly falling within the residual category of

du sous-al. a)(iii) qu’une irrégularité de procédure n’équivalant pas à une erreur judiciaire s’est produite.

Il est vrai que, dans l’arrêt *Fanjoy*, précité, p. 239-240, notre Cour a refusé d’appliquer la disposition réparatrice énoncée au sous-al. b)(iii) pour infirmer une déclaration de culpabilité entachée par le défaut de limiter le contre-interrogatoire inapproprié de l’accusé. La Cour avait souligné que, par sa formulation explicite, le sous-al. b)(iii) ne s’appliquait que pour remédier aux erreurs de droit visées au sous-al. a)(ii). Il importe toutefois d’insister sur le fait que l’al. b) comprend aujourd’hui un quatrième sous-alinéa qui n’était pas en vigueur au moment de l’audition de l’affaire *Fanjoy*. En fait, c’est en juillet 1985, soit quelques mois après que notre Cour eut entendu l’affaire *Fanjoy* et peu de temps avant qu’elle rende son arrêt dans ce dossier, que le législateur a apporté des modifications au *Code criminel* et qu’il a ajouté le sous-al. 686(1)(b)(iv) (voir la *Loi de 1985 modifiant le droit pénal*, L.R.C. 1985, ch. 27 (1^{er} suppl.), art. 145). Cette disposition permet à une cour d’appel de confirmer une déclaration de culpabilité si, « nonobstant une irrégularité de procédure au procès, le tribunal de première instance était compétent à l’égard de la catégorie d’infractions dont fait partie celle dont l’appelant a été déclaré coupable et elle est d’avis qu’aucun préjudice n’a été causé à celui-ci par cette irrégularité ».

Avec cette modification, le législateur semble avoir tenté de corriger un problème dans la structure du par. 686(1) du *Code*, en conférant à la cour d’appel le pouvoir de remédier aux irrégularités de procédure n’équivalant pas à une erreur judiciaire de la même manière qu’aux « erreurs de droit ». Il appert donc aujourd’hui que le sous-al. 686(1)(b)(iv) habilite la cour d’appel à confirmer une déclaration de culpabilité malgré l’existence d’une irrégularité de procédure dont on prétend qu’elle constitue une erreur judiciaire au sens du sous-al. a)(iii).

Cette solution est la plus logique. En effet, pourquoi serait-il possible, en application de l’al. 686(1)(b), de remédier à une « erreur de droit » importante, mais non à une autre irrégularité relevant

91

92

93

“miscarriage of justice” without actually being such a failure of justice? The two types of defects often share the common ground that they may render the trial unfair or apparently so. There is no valid reason for allowing only one of the two types of errors to be cured under para. (b), but not the other. In the end, they may have a similar impact on the validity of the trial and the conviction.

prétendument de la catégorie résiduelle de l’« erreur judiciaire » sans pour autant constituer un déni de justice? Les deux types de vices ont souvent ceci de commun qu’ils sont susceptibles de rendre le procès inéquitable, ou d’en donner l’apparence. Il n’existe aucune raison valable pour laquelle la disposition réparatrice de l’al. b) ne devrait permettre de remédier qu’à un seul de ces deux types d’erreur. Les deux peuvent en définitive avoir le même effet sur la validité du procès et de la déclaration de culpabilité.

94

In *Fanjoy*, this Court had no other choice but to refuse to apply the proviso since, at the time, para. (b)(iv) did not exist and para. (b)(iii)’s wording made it only applicable to cure errors of law under para. (a)(ii), as it did not view the failure to control abusive cross-examination as such an error (p. 240, *per* McIntyre J.). However, since the legislative amendment of 1985, it is now appropriate to allow for a procedural error not amounting to a “miscarriage of justice” under para. (a)(iii) to be cured under para. (b), when any reasonable judge or jury would inevitably have reached the same verdict.

Dans l’arrêt *Fanjoy*, notre Cour n’avait d’autre choix que de refuser d’appliquer la disposition réparatrice car, à l’époque, le sous-al. b)(iv) n’existait pas et, selon son libellé, le sous-al. b)(iii) ne s’appliquait que pour remédier aux erreurs de droit prévues au sous-al. a)(ii), et notre Cour ne considérait pas le défaut de contrôler un contre-interrogatoire abusif comme une telle erreur (p. 240, le juge McIntyre). Cependant, vu la modification législative apportée en 1985, la disposition réparatrice de l’al. b) permet aujourd’hui de remédier à une irrégularité de procédure n’équivalant pas à une « erreur judiciaire » au sens du sous-al. a)(iii), lorsque tout juge ou jury raisonnable aurait inévitablement rendu le même verdict.

95

According to some interpretations given to s. 686(1)(b)(iv), the addition of this provision had been a long-delayed response to a jurisdictional problem raised in *Meunier v. The Queen* (1965), 48 C.R. 14, *aff’d* [1966] S.C.R. 399. In that case, the Quebec Queen’s Bench and this Court held that the provision which is now s. 686(1)(b)(iii) did not allow a court of appeal to cure a procedural irregularity resulting in the loss of jurisdiction of the trial court. A few years after the addition of s. 686(1)(b)(iv), the Ontario Court of Appeal described this provision as a solution to the *Meunier* problem in *R. v. Cloutier* (1988), 43 C.C.C. (3d) 35. It had been designed to catch procedural errors which caused a loss of the initial jurisdiction over the matter. The Court of Appeal drew a distinction between three different kinds of error. At page 48 of its reasons, the Ontario Court of Appeal distinguished errors of substance, which arise when the trial court has no jurisdiction over the class of

Si l’on se fie à certaines interprétations attribuées au sous-al. 686(1)(b)(iv), cette nouvelle disposition apportait une réponse longtemps attendue à un problème de compétence soulevé dans l’arrêt *Meunier c. The Queen* (1965), 48 C.R. 14, *conf. par* [1966] R.C.S. 399. Dans cet arrêt, la Cour du Banc de la Reine du Québec et notre Cour ont toutes deux statué que la disposition devenue aujourd’hui le sous-al. 686(1)(b)(iii) ne permettait pas à une cour d’appel de remédier à une irrégularité de procédure qui avait provoqué la perte de compétence du tribunal de première instance. Quelques années après l’ajout du sous-al. 686(1)(b)(iv), la Cour d’appel de l’Ontario a, dans l’arrêt *R. c. Cloutier* (1988), 43 C.C.C. (3d) 35, décrit cette disposition comme une solution au problème soulevé dans l’arrêt *Meunier*. Cette disposition a été conçue pour remédier aux erreurs de procédure qui entraînaient la perte de la compétence initiale sur l’objet du litige. La Cour d’appel a différencié trois types d’erreurs. À la

offences and which are not in the nature of procedural irregularities, errors of a relatively minor nature which do not result in a loss of jurisdiction, and irregularities in procedure which are so serious in nature that they are deemed to be matters of substance which result in loss of jurisdiction.

According to the Ontario Court of Appeal in *Cloutier*, s. 686(1)(b)(iv) will not cure an absence of jurisdiction. It will not apply to an irregularity that could be cured under s. 686(1)(b)(iii). It will allow the Court of Appeal to cure substantial procedural errors triggering a loss of jurisdiction provided it was of the view that the error caused no prejudice to the appellant.

To be sure, s. 686(1)(b)(iv) catches errors that are jurisdictional in nature in the sense that they cause the loss of a jurisdiction which already existed (see *R. v. Simard* (1989), 36 Q.A.C. 74, at para. 25). It allows a court of appeal to remedy errors that were committed when there was jurisdiction over the matter but when it was lost by reason of a substantial procedural error. With respect to the other views, its application does not appear limited to procedural errors or irregularities which caused a loss of jurisdiction. The addition of para. (b)(iv) does not appear only as a late reaction to the *Meunier* judgment, but was also intended to cover situations like the one which arose in *Fanjoy*, *supra*. It is designed to address situations where even serious procedural errors may be cured, provided it can be shown that they did not cause prejudice to the accused. Case comments seem to indicate that the provision may find its application in cases of substantial procedural error, where the error may or may not cause a loss of jurisdiction but causes no prejudice. (See E. G. Ewaschuk, *Criminal Pleadings & Practice in Canada* (2nd ed. (loose-leaf)), vol. 2, at para. 23:1080; see Béliveau and Vaclair, *supra*, at pp. 833-34; *R. v. Fabre* (1990), 46 Q.A.C. 133; *R. v.*

page 48 de ses motifs, la Cour d'appel de l'Ontario a établi une distinction entre les erreurs de fond, qui découlent du défaut de compétence du tribunal de première instance à l'égard de la catégorie d'infractions en cause et qui ne constituent pas des irrégularités de procédure, les erreurs de nature relativement mineure qui n'entraînent aucune perte de compétence et, enfin, les irrégularités survenues dans la procédure qui sont de nature si grave qu'elles sont réputées constituer des questions de fond entraînant une perte de compétence.

Selon la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Cloutier*, précité, le sous-al. 686(1)b,(iv) ne remédiera pas à un défaut de compétence. Il ne s'appliquera pas à une irrégularité à laquelle il peut être remédié par application du sous-al. 686(1)b)(iii). Il permettra à la Cour d'appel, dans la mesure où celle-ci est d'avis que l'erreur n'a causé aucun préjudice à l'appellant, de remédier à de graves erreurs de procédure entraînant une perte de compétence.

Le sous-alinéa 686(1)b)(iv) vise sans aucun doute les erreurs qui touchent la compétence, en ce sens qu'elles entraînent la perte d'une compétence qui existait initialement (voir *R. c. Simard* (1989), 36 Q.A.C. 74, par. 25). Cette disposition permet à une cour d'appel de remédier aux erreurs commises par le tribunal qui avait compétence sur l'objet du litige, mais qui a perdu cette compétence par suite d'une grave erreur de procédure. En toute déférence pour l'opinion contraire, j'estime que l'application de cette disposition ne se limite pas aux erreurs ou aux irrégularités de procédure ayant entraîné une perte de compétence. Non seulement l'ajout du sous-al. b)(iv) constitue une réaction tardive à l'arrêt *Meunier*, mais il vise à remédier aussi aux situations semblables à celle en cause dans l'arrêt *Fanjoy*, précité. Il a pour objet de corriger les situations où il est possible de remédier à de graves erreurs de procédure, pourvu que l'absence de préjudice porté à l'accusé soit démontrée. Il ressort des commentaires sur la jurisprudence que cette disposition réparatrice peut s'appliquer dans les cas d'une erreur grave de procédure, que l'erreur puisse ou non entraîner une perte de compétence, si elle ne cause aucun préjudice. (Voir E. G. Ewaschuk, *Criminal Pleadings & Practice in Canada* (2^e éd. (feuilles mobiles)), vol. 2, par. 23:

96

97

Deyardin (1997), 119 C.C.C. (3d) 365, [1997] R.J.Q. 2367 (C.A.).)

98 Section 686(1)(b)(iv), takes its place in a set of provisions which were gradually added to the *Criminal Code*. In the end, these provisions attempt to prevent the annulment of criminal verdicts or mistrials for reasons that relate essentially to technicalities of the law, which have no real bearing on the fundamental legality or fairness of a trial.

99 Section 686(1)(b) demonstrates an intention to avoid useless debates and litigation on the proper characterization of an error or irregularity in the conduct of a criminal trial. Instead, it allows courts to go straight to the problem of the existence and applicability of some remedy. These curative provisions seek to avoid an unduly formalistic approach to criminal procedure as Proulx J.A. of the Quebec Court of Appeal put it in *Primeau v. La Reine*, [2000] R.J.Q. 696, at p. 705:

[TRANSLATION] Shortly after the decision in *R. v. C.N.*, the Supreme Court of Canada clearly set out, in *R. v. Clunas*, its approach to criminal procedure, which deviates fundamentally from the traditional formalistic approach and is consistent with the philosophy underlying the curative proviso (s. 686(1)(b)(iv) Cr.C.). In the opinion of the Supreme Court, which adopted what had been said by Kelly J. in *R. v. Kennedy*, a vital objective of criminal procedure is to ensure that the accused may present a full answer and defence in a manner that will not prejudice him; accordingly, any procedural deviation that does not cause any prejudice should not result in the invalidity of the proceedings, such as the information in this case, which moreover satisfied all of the procedural requirements of an indictment. That is the conclusion I have reached in this case, by refusing to have the appellant benefit from a technical irregularity which he could have invoked at trial but which his silence or ignorance cannot now revive to serve as an argument to invalidate a trial whose fairness is not in issue.

(See also *Taillefer v. La Reine*, [1989] R.J.Q. 2023 (C.A.), at p. 2041.)

1080; voir Béliveau et Vauclair, *op. cit.*, p. 833-834; *R. c. Fabre* (1990), 46 Q.A.C. 133; *Bombiski-Deyardin c. La Reine*, [1997] R.J.Q. 2367 (C.A.).)

Le sous-alinéa 686(1)(b)(iv) s'inscrit dans un ensemble de dispositions qui se sont graduellement ajoutées au *Code criminel*. Ces dispositions tentent en définitive de mettre un frein à l'annulation des verdicts ou des procès en droit criminel pour des motifs liés essentiellement aux aspects techniques du droit, qui n'ont pas d'incidence réelle sur la légalité fondamentale ou l'équité du procès.

L'alinéa 686(1)(b) démontre l'intention du législateur d'éviter des débats et des litiges inutiles sur la façon appropriée de caractériser une erreur ou une irrégularité dans le déroulement d'un procès en droit criminel. Il habilite plutôt les tribunaux à s'attaquer directement au problème de l'existence et de l'application d'une mesure quelconque de réparation. Les dispositions réparatrices visent à écarter une approche indûment formaliste en matière de procédure criminelle, comme le juge Proulx de la Cour d'appel du Québec l'a déclaré dans l'arrêt *Primeau c. La Reine*, [2000] R.J.Q. 696, p. 705 :

Peu de temps après l'arrêt *R. c. C.N.*, la Cour suprême du Canada, dans *R. c. Clunas*, a bien explicité son approche de la procédure criminelle qui s'écarte fondamentalement du formalisme d'autrefois et s'harmonise avec cette philosophie qui sous-tend la disposition curative (art. 686(1)(b)(iv) C.Cr.) Selon la Cour suprême, qui prenait à son compte les propos du juge Kelly dans *R. c. Kennedy*, un objectif primordial de la procédure criminelle consiste à s'assurer que l'accusé puisse présenter une défense pleine et entière sans qu'aucun préjudice ne lui soit causé : en conséquence, une dérogation à la procédure qui n'entraîne aucun préjudice ne devrait pas emporter la nullité des procédures, à l'exemple de la dénonciation au dossier, qui comportait par ailleurs toutes les exigences essentielles d'un acte d'accusation. C'est la conclusion à laquelle j'arrive en l'espèce, en refusant de faire bénéficier l'appelant d'un accroc technique qu'il aurait pu invoquer en première instance mais que son silence ou son ignorance ne peuvent maintenant faire revivre pour servir d'argument dans le but d'invalider un procès dont le caractère juste et équitable n'est pas remis en cause.

(Voir également *Taillefer c. La Reine*, [1989] R.J.Q. 2023 (C.A.), p. 2041.)

Even though many procedural errors fall under s. 686(1)(b)(iii), the flexible provision of s. 686(1)(b)(iv) may also cover situations where a serious breach of a rule of procedure has occurred. In order to apply s. 686(1)(b)(iv), the court of appeal does not have to inquire whether or not it resulted in a loss of jurisdiction, or whether it will cause (within the technical sense of the word) such a loss of jurisdiction or to extend the meaning of the concept of a loss of jurisdiction in order to cure it. (See *Deyardin*, *supra*, at pp. 371-72 C.C.C.) Even if the error is significant, the clause allows the court of appeal to focus on the core issues of the trial, whether it took place in conformity with the principles of the criminal law and justice and in essential fairness to the accused. On the other hand, it will not remedy a failure of justice or an error of law which may affect the verdict in a significant manner or in the absence of jurisdiction.

Attempts at classifying errors arising out of the interplay of several actors in the criminal trial as errors of law for the purpose of s. 686(1)(b)(iii) fail to catch the complexity of such situations. Such an approach may try to bring these cases under s. 686(1)(b)(iii), in a roundabout way by focussing the analysis entirely on the decision or action the presiding judge took or failed to take in respect of a particular problem. A broader and more flexible application of s. 686(1)(b)(iv) will better reflect the nature of those situations, as it acknowledges their often complex nature which may require consideration of the behaviour of other actors in the criminal trial, and not only of the judge. What is at stake in these cases is not only the legal assessment of the validity of the legal decision of the court, but also an evaluation of the conduct of all the actors in particular incidents during the course of a criminal trial. Section 686(1)(b)(iv) is designed to safeguard the essential requirements of substantive justice within the criminal trial system, while at the same time protecting trials and verdicts against the impact of technical mistakes in the conduct of a trial, such as procedural irregularities or errors of law which do not result in a miscarriage of justice, cause no prejudice to the accused or do not have

Bien que de nombreuses erreurs de procédure tombent sous le coup du sous-al. 686(1)(b)(iii), le sous-al. 686(1)(b)(iv) peut, par sa souplesse, s'appliquer en outre aux cas de manquement grave à une règle de procédure. Pour appliquer le sous-al. 686(1)(b)(iv), la cour d'appel n'a pas à se demander si ce manquement a causé ou provoquera une perte de compétence (au sens technique du terme); elle n'aura pas non plus à élargir le concept de perte de compétence pour y remédier. (Voir *Bombiski-Deyardin*, précité, p. 2370-2371.) Même si l'erreur est importante, la disposition réparatrice permet à la cour d'appel de se concentrer sur les questions au cœur du procès, à savoir si celui-ci s'est déroulé en conformité avec les principes du droit et de la justice criminelle et s'il était équitable, pour l'essentiel, envers l'accusé. Elle ne pourra cependant remédier à un déni de justice ou à une erreur de droit susceptible d'influencer le verdict de manière significative, ni au défaut de compétence.

Les efforts de classification des erreurs découlant de l'interaction entre les différents acteurs dans un procès criminel, pour l'application du sous-al. 686(1)(b)(iii), ne tiennent pas compte de la complexité de ces situations. Une telle approche peut tenter d'inclure indirectement ces situations dans la portée du sous-al. 686(1)(b)(iii), en faisant porter l'analyse uniquement sur la décision ou la mesure que le juge président le procès a prise ou n'a pas adoptée à l'égard d'un problème particulier. Une application élargie et plus souple du sous-alinéa 686(1)(b)(iv) reflétera mieux la nature de ces situations, parce qu'elle reconnaît leur nature souvent complexe, qui peut exiger la prise en compte de la conduite des autres acteurs du procès criminel et pas seulement de la conduite du juge. Ces situations mettent en jeu non seulement l'analyse juridique de la validité de la décision rendue par le tribunal, mais également l'évaluation de la conduite de tous les acteurs dans le cadre d'incidents particuliers survenus au cours d'un procès criminel. Le sous-alinéa 686(1)(b)(iv) est conçu pour préserver les exigences essentielles de la justice quant au fond, au sein du système de procès criminels, tout en mettant les procès et les verdicts à l'abri des conséquences des erreurs techniques qui se produisent au cours d'un

any significant impact on the legality of the verdict.

procès, telles que les irrégularités de procédure ou les erreurs de droit ne donnant pas lieu à une erreur judiciaire, ne causant aucun préjudice à l'accusé et n'ayant aucune conséquence significative sur la légalité du verdict.

102 This interpretation would give a fuller meaning to s. 686(1)(b)(iv), given that s. 686(1)(b)(ii) already states that the court of appeal may reject the appeal when none of the grounds mentioned in para. (a) is satisfied. Thus, para. (b)(iv) would necessarily have to apply to cure the defects in either para. (a)(i), (a)(ii) or (a)(iii). Yet it obviously is not designed to apply to “unreasonable verdicts” covered by para. (a)(i). And as for “errors of law” in para. (a)(ii), they are already covered by the traditional proviso in para. (b)(iii). Thus the only option left is to apply para. (b)(iv) to cure serious procedural irregularities falling under para. (a)(iii), which may or may not cause a loss of jurisdiction. This is consistent with the reasoning behind the existence of the proviso, which is to avoid ordering unnecessary new trials.

Cette interprétation pourrait donner un sens plus complet au sous-al. 686(1)(b)(iv), puisque le sous-al. 686(1)(b)(ii) permet déjà à la cour d'appel de rejeter l'appel en l'absence d'un motif mentionné à l'al. a). Par conséquent, le sous-al. b)(iv) doit nécessairement servir à remédier aux vices énoncés aux sous-al. a)(i), a)(ii) ou a)(iii). Il est entendu que le sous-al. b)(iv) n'a pas été conçu pour s'appliquer aux « verdicts déraisonnables » prévus au sous-al. a)(i). Quant aux « erreurs de droit » énoncées au sous-al. a)(ii), elles sont déjà visées par la disposition réparatrice traditionnelle du sous-al. b)(iii). Par conséquent, la seule autre possibilité consiste en l'application du sous-al. b)(iv) pour remédier aux irrégularités de procédure graves prévues au sous-al. a)(iii), qui peuvent entraîner ou non une perte de compétence. Cette conclusion est conforme à la raison d'être de la disposition réparatrice, qui consiste à éviter la tenue de nouveaux procès inutiles.

103 In addition, as we have seen earlier, the fact that the proviso may be applied to cure both “errors of law” as well as procedural irregularities diminishes the problem associated with the distinction between the two concepts and the classification of the two categories of errors. In many cases, it may be difficult to decide whether a particular fact situation falls within an “error of law” or a “procedural error”. As I indicated earlier, in some cases the categorization may even appear quite artificial. However, since the analysis remains similar, in respect of both categories, and also since s. 686(1)(b) may be applied in the same manner to both, the end result remains equivalent.

En outre, comme nous l'avons vu précédemment, le fait que la disposition réparatrice puisse servir à remédier tant aux « erreurs de droit » qu'aux irrégularités de procédure atténue le problème de la distinction entre les deux concepts et de la classification de ces deux catégories d'erreurs. Il peut s'avérer souvent difficile de décider si une situation factuelle particulière relève de l'« erreur de droit » ou de l'« erreur de procédure ». Comme je l'ai déjà indiqué, il arrive même que cette catégorisation semble très artificielle dans certains cas. Cependant, puisque l'analyse effectuée relativement aux deux catégories demeure similaire et puisque l'al. 686(1)(b) peut s'appliquer aux deux de la même manière, on obtient en définitive un résultat équivalent.

104 It is important to realize, however, that whether s. 686(1)(b) is used to cure an “error of law” or a procedural irregularity not amounting to miscarriage of justice, the test should remain a very demanding one. Section 686(1)(b) may be used only when

Il importe toutefois de reconnaître que le critère applicable devrait demeurer très exigeant, que l'al. 686(1)(b) serve à remédier à une « erreur de droit » ou à une irrégularité de procédure n'équivalant pas à une erreur judiciaire. On ne peut invoquer l'al.

the conviction was “inevitable” (*S. (P.L.)*, *supra*, at p. 918). In *Bevan*, *supra*, Major J., writing for the majority, summarized the applicable test as follows (at pp. 616-17):

The question to be asked in determining whether there has been no substantial wrong or miscarriage of justice as a result of a trial judge’s error is whether “the verdict would necessarily have been the same if such error had not occurred”: see *Colpitts v. The Queen*, [1965] S.C.R. 739, *per* Cartwright J. (as he then was), at p. 744; *Wildman v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 311, at pp. 328-29. This test has also been expressed in terms of whether there is any possibility that if the error had not been committed, a judge or properly instructed jury would have acquitted the accused: see *Colpitts*, *per* Spence J., at p. 756; *R. v. S. (P.L.)*, [1991] 1 S.C.R. 909, *per* Sopinka J., at p. 919; *R. v. Broyles*, [1991] 3 S.C.R. 595, at p. 620; *R. v. B. (F.F.)*, [1993] 1 S.C.R. 697, *per* Iacobucci J. at pp. 736-37. I do not interpret these two approaches as being intended to convey different meanings. Under either approach, the task of an appellate court is to determine whether there is any reasonable possibility that the verdict would have been different had the error at issue not been made. [Emphasis added.]

Thus, it is not sufficient for the court of appeal to agree with the first verdict or to think that the same jury would have convicted. They must be convinced that any other reasonable judge or jury would necessarily have convicted. Courts of appeal must respect the primary role of trial judges and juries in making factual determinations after having heard and seen the evidence. Thus, a finding by a court of appeal that the conviction was “inevitable” must be reserved only for the most obvious cases.

In other cases where, although the evidence appears clear, the written record does not allow the court of appeal to conclude that any other judge or jury would necessarily have rendered a guilty verdict, the appropriate avenue is to order a new trial. This approach must be carefully followed, and courts of appeal must resist the temptation of applying routinely s. 686(1)(b), unless they are convinced that a new trial would result in the same verdict. A too flexible and broad application of the provision might jeopardize the right of the accused to the fair-

686(1)(b) que lorsque la déclaration de culpabilité était « inévitable » (*S. (P.L.)*, précité, p. 918). Dans l’arrêt *Bevan*, précité, le juge Major s’exprimant au nom des juges majoritaires a résumé le critère applicable en ces termes, aux p. 616-617 :

Pour déterminer si l’erreur du juge du procès a causé un tort important ou une erreur judiciaire grave, il faut se demander si « le verdict aurait nécessairement été le même si cette erreur ne s’était pas produite » : voir *Colpitts c. The Queen*, [1965] R.C.S. 739, le juge Cartwright (plus tard Juge en chef), à la p. 744; *Wildman c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 311, aux pp. 328 et 329. On a également formulé le critère de la façon suivante : existe-t-il une possibilité que, n’eût été l’erreur commise, le juge ou un jury ayant reçu des directives appropriées ait acquitté l’accusé? : voir *Colpitts*, le juge Spence, à la p. 756; *R. c. S. (P.L.)*, [1991] 1 R.C.S. 909, le juge Sopinka, à la p. 919; *R. c. Broyles*, [1991] 3 R.C.S. 595, à la p. 620; *R. c. B. (F.F.)*, [1993] 1 R.C.S. 697, le juge Iacobucci, aux pp. 736 et 737. Je ne crois pas que ces deux énoncés aient un sens différent. Dans les deux cas, la tâche de la cour d’appel consiste à déterminer s’il existe une possibilité raisonnable que le verdict eût été différent en l’absence de l’erreur en question. [Je souligne.]

Il ne suffit donc pas que la cour d’appel soit en accord avec le premier verdict ou qu’elle estime que le même jury aurait rendu un verdict de culpabilité. Elle doit être convaincue que tout autre juge ou jury raisonnable aurait nécessairement rendu un verdict de culpabilité. Les cours d’appel doivent respecter le rôle primordial que jouent les juges du procès et les jurys lorsqu’ils tirent des conclusions de fait après avoir vu et entendu la preuve. Par conséquent, une cour d’appel doit réserver la conclusion que la déclaration de culpabilité était « inévitable » aux cas les plus manifestes.

Dans les autres cas où, même si la preuve paraît claire, le dossier ne permet pas à la cour d’appel de conclure que tout autre juge ou jury aurait nécessairement rendu un verdict de culpabilité, on doit ordonner un nouveau procès. Les cours d’appel doivent suivre cette approche rigoureusement et résister à la tentation d’appliquer routinièrement l’al. 686(1)(b), à moins d’être convaincues que le même verdict résultera de la tenue d’un nouveau procès. Une application trop souple et trop large de cette disposition pourrait mettre en péril le droit de

105

106

ness and regularity of the trial process and would not respect the distinction between the respective roles of trial courts and appellate courts in that process. On the basis of these principles, I shall now turn to the alleged irregularities invoked in the case at bar.

D. *The Alleged Irregularities in the Case at Bar*

107 Under s. 686(1)(a) of the *Code*, which is the first step of the analysis, we must first determine which subparagraph of s. 686(1)(a) will apply. Before the Court of Appeal, the accused had argued that the conviction should be quashed because the verdict was unreasonable, pursuant to para. (a)(i). The Court of Appeal however rejected this argument and this issue is not validly before us.

108 As indicated above, two issues were raised before this Court. The first issue relates to the circumstances surrounding jury selection in this case. The second issue relates to the tainted transcripts which were given to the jury during their deliberations. In my view, the only truly debatable issue in this case is the second one.

1. The Circumstances Surrounding Jury Selection

109 I shall begin by discussing briefly the first issue, which the Court of Appeal refused to consider, but was raised again before us. It relates to an alleged defect in the jury selection process. The appellant had also been charged with the murder of his sister, Bibi Khan. The appellant had originally been charged and tried on the two counts together, and was convicted. After a decision of the Manitoba Court of Appeal (*R. v. Khan* (1996), 108 C.C.C. (3d) 108) raising concerns of similar fact evidence set the convictions aside, the two counts were tried separately. When the case at bar was tried, the appellant had already been convicted separately of the murder of his sister, and his conviction was under appeal.

l'accusé à un procès équitable et régulier et ne respecterait pas la distinction établie entre les rôles respectifs des cours de première instance et des cours d'appel dans ce processus. En me fondant sur ces principes, j'examinerai maintenant les irrégularités alléguées en l'espèce.

D. *Les irrégularités alléguées en l'espèce*

Suivant l'al. 686(1)a) du *Code*, qui constitue le premier volet de l'analyse, nous devons d'abord déterminer quel sous-alinéa de l'al. 686(1)a) s'applique. Devant la Cour d'appel, l'accusé a fait valoir que la déclaration de culpabilité devait être annulée parce que le verdict était déraisonnable au sens du sous-al. a)(i). La Cour d'appel a toutefois rejeté cet argument et cette question n'a pas été soumise valablement à notre Cour.

Comme je l'ai déjà indiqué, nous sommes saisis de deux questions. La première porte sur les circonstances entourant la sélection du jury en l'espèce. La seconde concerne la transcription irrégulière remise au jury au cours de ses délibérations. À mon sens, seule la seconde question soulève véritablement un débat.

1. Les circonstances entourant la sélection du jury

Je commence par une brève analyse de la première question, que la Cour d'appel a refusé de considérer, mais qui a été soulevée à nouveau devant nous. Elle concerne une allégation d'irrégularité dans le processus de sélection du jury. L'appellant avait également été accusé du meurtre de sa sœur, Bibi Khan. Il avait initialement été accusé et jugé relativement aux deux chefs d'accusation réunis et il avait été déclaré coupable. Après le prononcé de l'arrêt de la Cour d'appel du Manitoba (*R. c. Khan* (1996), 108 C.C.C. (3d) 108), dans lequel elle a soulevé des problèmes relatifs à la preuve de faits similaires et annulé la déclaration de culpabilité, les deux chefs ont fait l'objet de procès distincts. Lorsque la présente affaire a été instruite, l'appellant avait déjà été déclaré coupable séparément du meurtre de sa sœur et avait interjeté appel de sa déclaration de culpabilité.

The alleged problem derives from the fact that prospective jurors waiting to be selected in this case may have discussed the appellant's other trial for the murder of his sister. The appellant submitted that prospective jurors were not instructed not to talk about the case or the appellant while awaiting jury selection. Despite the fact that the appellant was to benefit from a separate trial on this indictment, it was revealed by prospective jurors in front of already-selected jurors during challenges for cause that the sister's murder case had been discussed in the jury array. The appellant argues that the entire panel should have been rejected as the jurors which had already been selected were tainted by these comments. It is further argued that this issue should have been litigated before the trial judge but could not be because another justice presided over jury selection.

There was no irregularity in the jury selection process. The challenge for cause process is designed to deal with the very issue of juror bias. Jurors are not required to be utterly ignorant of pre-trial publicity or media comment. They are instead required to swear that they will try the case free of bias and render a true verdict on the evidence. Some jurors were indeed challenged upon the very basis about which the appellant now complains, and were found to be unbiased.

The jury selection issue was argued before the presiding justice in the selection process. In refusing a motion for a mistrial, the justice noted that each trier had been found to be unbiased and had sworn to decide the case based on the evidence. He warned the jury members to ignore extraneous information and asked if they had heard anything "today or since you were sworn in which has affected your ability to arrive at a true verdict based on [the evidence]".

Le problème allégué découle de la possibilité que les jurés potentiels dans la présente affaire aient discuté de l'autre procès relatif au meurtre de la sœur de l'appellant en attendant l'issue de la sélection du jury. L'appellant a fait valoir que les jurés potentiels n'ont pas reçu de directives leur interdisant de parler de l'affaire ou de l'appellant pendant qu'ils attendaient que le jury soit sélectionné. Même si l'appellant devait bénéficier d'un procès distinct pour cette mise en accusation, des jurés potentiels ont révélé à des jurés déjà sélectionnés à l'étape des récusations motivées que les membres du tableau des jurés avaient discuté du meurtre de la sœur. L'appellant a prétendu que tous les jurés inscrits sur la liste auraient dû être rejetés en raison de l'influence de ces commentaires sur les jurés déjà sélectionnés. Il a de plus affirmé que cette question aurait dû être débattue devant la juge du procès, mais qu'elle ne l'a pas été car c'est un autre juge qui a présidé la sélection du jury.

Le processus de sélection du jury ne comportait aucune irrégularité. Le processus de récusation motivée vise précisément à traiter de la question de la partialité des jurés. On ne s'attend pas à ce que les jurés ignorent tout de la publicité précédant l'instruction du procès ou des commentaires faits par les médias. Ils sont plutôt tenus de prêter serment de juger l'affaire en toute impartialité et de rendre un verdict impartial fondé sur la preuve produite. La récusation de certains jurés a été demandée pour le motif même qu'invoque l'appellant en l'espèce, mais ces jurés ont été déclarés impartiaux.

La question de la sélection du jury a été débattue devant la juge qui a présidé le processus de sélection. Refusant de faire droit à la requête en annulation du procès, le juge a souligné que chaque juré avait été jugé impartial et avait prêté serment de décider l'affaire en se fondant sur la preuve. Le juge a averti les jurés qu'ils devaient faire abstraction des renseignements étrangers à l'affaire et il leur a demandé s'ils avaient entendu quoi que ce soit [TRADUCTION] « aujourd'hui ou depuis que vous avez été assermentés, qui est de nature à compromettre votre capacité de rendre un verdict impartial fondé sur [la preuve] ».

110

111

112

113 In my view, the confirmation solicited by the presiding justice that the jury remained unaffected by anything they heard during the challenge for cause process removed any appearance of, or actual, unfairness from the jury selection process. Further, the hearing of the initial motion for a mistrial by the presiding justice rather than the trial judge was the fair approach in my view given that the presiding justice was the one who saw and heard what occurred. As well, the trial judge reheard the motion. The appellant was given full opportunity to subsequently argue this issue before her, although without any success.

2. The Issue of the Tainted Transcripts

114 The only real question before us relates to the jury's exposure to the tainted transcripts which contained the *voir dire* information. The leak of the tainted transcript to the jury was certainly an error or an irregularity. Obviously, the reason the jury is excluded from the courtroom when a *voir dire* is held is that they should not hear what is said in that context. Thus, their being given access to the transcripts from the *voir dire* during their deliberations defeats the purpose of the rule and has the potential for rendering the trial unfair, depending on the circumstances.

115 This mistake does not seem to be in the nature of an "error of law" as understood by s. 686(1)(a)(ii) of the *Code*. This is not really a case where the judge made a "decision on a question of law" which was among the bases of a conviction. The error was more akin to a procedural irregularity which happened by accident. The only legal ruling which the judge issued in relation to the tainted transcripts was her decision not to order a mistrial. As mentioned earlier, this type of decision is discretionary. Of course, this discretion cannot be exercised abusively, but an abuse of discretion by the trial judge is not an "error of law" within the meaning of s. 686(1)(a)(ii) of the *Code* (see *Fanjoy, supra*, at pp. 239-40). Thus, as this case does not seem to fall squarely within the "error of law" category, this becomes a matter to be

Le fait que le juge ait demandé aux jurés de confirmer qu'ils n'avaient pas été influencés par ce qu'ils avaient entendu au cours du processus de récusation motivée a rectifié tout caractère inéquitable ou apparence d'iniquité du processus de sélection du jury. Qui plus est, l'audition de la requête initiale en annulation du procès par le juge qui a présidé le processus de sélection, plutôt que par la juge du procès, constituait à mon avis la démarche qui s'imposait étant donné que le premier juge était le seul à avoir vu et entendu ce qui s'était passé. Par ailleurs, la juge du procès a entendu la requête à nouveau. L'appelant a amplement eu l'occasion de plaider cette question subséquemment devant la juge du procès, mais en vain.

2. La question de la transcription irrégulière

La seule véritable question dont nous sommes saisis porte sur le fait que le jury a été mis en présence de la transcription irrégulière qui contenait des renseignements tirés du voir-dire. La divulgation de la transcription irrégulière au jury constituait assurément une erreur ou une irrégularité. Il va de soi que le jury ne doit pas entendre les propos tenus lors d'un voir-dire; c'est ce qui justifie son exclusion de la salle d'audience dans ce contexte. Par conséquent, l'accès que le jury a eu à la transcription du voir-dire au cours de ses délibérations fait échec à l'objet de cette règle et peut, selon les circonstances, rendre le procès inéquitable.

Cette erreur ne semble pas être de la nature d'une « erreur de droit » au sens du sous-al. 686(1)(a)(ii) du *Code*. Il ne s'agit pas véritablement ici d'une situation où la juge a rendu une « décision [...] sur une question de droit » fondant en partie la déclaration de culpabilité. Cette erreur s'apparentait davantage à une irrégularité procédurale de nature accidentelle. La seule décision en droit que la juge a rendue relativement à la transcription irrégulière est celle par laquelle elle a refusé de déclarer le procès nul. Comme je l'ai mentionné précédemment, ce type de décision est de nature discrétionnaire. Il est entendu que ce pouvoir discrétionnaire ne peut être exercé de façon abusive, mais l'exercice abusif de son pouvoir discrétionnaire par le juge du procès ne constitue pas une « erreur de droit » au

examined under s. 686(1)(a)(iii), in the residual category of procedural irregularity.

In the case at bar, did a “miscarriage of justice” occur? Was the irregularity fatal in the context of s. 686(1)(a)(iii) of the *Code*? In other words, did the fact that transcripts from the *voir dire* were inadvertently given to the jury during their deliberations render the trial unfair or create an appearance of unfairness? The question should be answered in the negative.

First, the irregularity did not relate to a point which was particularly central in law or in fact to the case against the accused. The main objects of contention in the present case were the “washer-woman syndrome” and the inference which should be drawn from it, as well as the alibi offered by the appellant. The tainted transcripts did not contain any information which was related to these points or to any other major element of the case against the appellant. It was rather a general inference that the appellant might have made some statements which were ruled inadmissible. Thus, while this can still lead to an unfair trial depending on the circumstances, the fact that it did not relate to a central issue militates against a finding of unfairness.

Second, was the irregularity in the case at bar of significant importance? Although it is quite likely that the jury might not have read the problematic passages, which were buried among 348 pages of testimony, I will assume for the sake of the analysis that the jury had read them. But even if the jurors read the problematic passage, what could they have understood from it? I note that the passage did not contain the declarations of the appellant themselves, but rather a discussion between defence counsel and the judge, vaguely suggesting that the appellant might have made some statements which were ruled inadmissible. This is not as serious as if the jury had been exposed to the

sens du sous-al. 686(1)(a)(ii) du *Code* (voir *Fanjoy*, précité, p. 239-240). Comme le présent pourvoi ne relève clairement pas de la catégorie de l’« erreur de droit », il doit être examiné en application du sous-al. 686(1)(a)(iii), soit en fonction de la catégorie résiduelle de l’irrégularité de procédure.

En l’espèce, une « erreur judiciaire » a-t-elle été commise? L’irrégularité était-elle fatale dans le contexte du sous-al. 686(1)(a)(iii) du *Code*? Autrement dit, le fait que la transcription du voir-dire a été remise par mégarde au jury au cours de ses délibérations a-t-il rendu le procès inéquitable ou créé une apparence d’iniquité? On doit répondre à cette question par la négative.

Premièrement, l’irrégularité ne se rapportait pas à un point particulièrement crucial, quant aux faits ou au droit, de la preuve produite contre l’accusé. Les principaux points en litige dans le présent pourvoi concernaient le [TRADUCTION] « syndrome de la blanchisseuse » et l’inférence qui devrait en être tirée, ainsi que l’alibi invoqué par l’appellant. La transcription irrégulière ne contenait aucun renseignement relatif à ces points ou à un autre élément important de la preuve établie contre l’appellant. Il s’agissait plutôt d’une inférence générale selon laquelle l’appellant aurait peut-être fait des déclarations jugées inadmissibles. Par conséquent, bien qu’un procès inéquitable puisse néanmoins survenir selon les circonstances, le fait que cette inférence ne renvoyait aucunement à une question cruciale militait contre une conclusion d’iniquité.

Deuxièmement, l’irrégularité en l’espèce revêtait-elle une importance particulière? Même si le jury n’a vraisemblablement pas pris connaissance des passages problématiques, enfouis dans 348 pages de témoignage, je tiendrai pour acquis aux fins de l’analyse que le jury en a pris connaissance. Toutefois, même si les jurés avaient lu le passage posant problème, qu’en auraient-ils compris? Je note que le passage en question ne reproduisait pas les déclarations proprement dites faites par l’appellant, mais plutôt une discussion entre l’avocat de la défense et la juge qui laissait vaguement entendre que l’appellant avait pu faire certains commentaires jugés inadmissibles. La situation aurait été plus

116

117

118

actual statements, or if it was clear from the passage that some incriminating statement had been made by the appellant.

119 In addition, as the respondent has pointed out before this Court, the main problematic extract is worded in hypothetical terms. This therefore would indicate that no negative inference could be drawn against the appellant:

MR. GLAZER: I beg to disagree, My Lady. The law as understand it is — for example, My Lady had ruled that certain comments by the accused are inadmissible. If the witness during the course of his testimony refers to those comments as forming the basis of some of his opinion, it would be grounds for a mistrial. He can only refer to what is before the jury; he can't refer to evidence that is not before the jury. [Emphasis added.]

120 The hypothetical nature of this extract is reinforced by the fact that other hypothetical references had been made before. Thus, prior to the above quoted extract, the transcripts contain the following comment:

MR. GLAZER: No. My concern — I might as well deal with it now — is that I hope my friend isn't going to ask this witness to reveal hearsay that he relied on that has not been tendered as evidence in court because that would be inadmissible. For example, if certain photographs are not filed and the witness says he's basing his opinion on photographs that haven't been filed, that is inadmissible. If he says that he's basing his opinion based on temperature he believes was taken, but that temperature was not filed as an exhibit or tendered as evidence in the trial, then, the jury has to be told to disregard that. [Emphasis added.]

121 Thus, if a juror happened to lay his eyes on these passages, it is reasonable to infer that he probably would have perceived them as expressing a hypothesis. He or she would not have found in them a confirmation that actual statements were ruled inadmissible.

122 The third factor, which is whether the trial was held before a judge sitting alone or before a judge and jury, obviously militates for a finding of unfairness. In fact, it is because the trial was before a jury

alarmante si le jury avait été mis en présence des commentaires mêmes, ou s'il ressortait clairement du passage que l'accusé avait fait certaines déclarations incriminantes.

De plus, comme l'intimé l'a porté à l'attention de notre Cour, le principal extrait qui pose problème est rédigé en termes hypothétiques. Cela indiquerait donc qu'aucune inférence négative ne pourrait être tirée contre l'appelant :

[TRADUCTION] M^e GLAZER : Permettez-moi, votre Honneur, d'exprimer mon désaccord. Le droit prévoit, à ma connaissance — par exemple, votre Honneur avait statué que certains commentaires faits par l'accusé étaient inadmissibles. Si, lors de sa déposition, le témoin se réfère à ces commentaires comme fondant en partie son opinion, il y aurait là un motif d'annulation du procès. Il ne peut se référer qu'aux éléments soumis au jury; il ne peut se référer à un élément de preuve qui n'a pas été soumis au jury. [Je souligne.]

L'existence d'autres hypothèses énoncées antérieurement renforce la nature hypothétique de cet extrait. Ainsi, avant l'extrait ci-dessus, la transcription reproduit le commentaire suivant :

[TRADUCTION] M^e GLAZER : Non. Ma crainte — autant l'exprimer tout de suite — est que j'espère que mon collègue ne demandera pas au témoin de révéler le oui-dire sur lequel il s'est fondé et qui n'a pas été produit en preuve, car ce serait inadmissible. Par exemple, si certaines photos n'ont pas été déposées et que le témoin affirme s'être fondé sur des photos qui n'ont pas été déposées, c'est inadmissible. S'il affirme que son opinion se fonde sur la température qu'il croit avoir été prise, mais que celle-ci n'a pas été produite comme pièce ou en preuve lors du procès, on doit alors aviser le jury qu'il doit en faire abstraction. [Je souligne.]

En conséquence, si un juré était tombé par hasard sur ces passages, il est raisonnable d'inférer qu'il aurait probablement pensé qu'il s'agissait d'hypothèses. Le juré n'y aurait pas trouvé la confirmation que de véritables déclarations ont été jugées inadmissibles.

Le troisième facteur, à savoir si le procès a eu lieu devant un juge siégeant seul ou devant juge et jury, milite manifestement en faveur d'une conclusion d'iniquité. En fait, c'est précisément

that this tainted transcript causes a problem. If the trial had been held before a judge sitting alone, the fact that the judge would know that some evidence was excluded would not be problematic, as the judge is allowed to have such knowledge without creating an appearance of unfairness.

However, we must also consider in that regard the fourth factor, which is the warnings given by the judge to the jury. All doubts concerning the unfairness or appearance of unfairness of the trial are, in my view, put to rest in the circumstances of this case when we consider the remedy chosen by the judge when she realized that the tainted transcripts had been leaked to the jury. The judge explained to the jury on several occasions that they should only consider what they had seen or heard during the proceedings. The judge even specified that, if they had read anything else in the transcripts which were given to them, they should not consider it. After the tainted transcripts were taken from the jury, the judge warned the jury in strong and clear terms:

Members of the jury, it's come to my attention that among some of the transcripts that you were provided with today that they contain some matters that took place while you were not in the courtroom and they are matters that were not properly put before you in evidence.

As I indicated to you in my charge to you, the only things that you are to base your decision on are the exhibits and the evidence that you heard from the witness box when you were here and on no other considerations. I can't strongly caution you enough that your decision is to be based solely on what was put before you through the witnesses and through the evidence that was filed.

What I have done is I have taken the transcripts that were provided to you. We're in the process of preparing proper transcripts and those will be given back to you when they're ready.

Again, please, bear in mind when you're deliberating that only matters that were put before you in your presence are to be considered by you and nothing else, and, please, if there is anything in the transcripts that you

parce que le procès s'est tenu devant un jury que la transcription irrégulière pose problème. Si le procès avait eu lieu devant un juge siégeant seul, il ne serait pas problématique que le juge sache que certains éléments de preuve ont été exclus, puisqu'il peut en avoir connaissance sans pour autant que cela crée une apparence d'iniquité.

Toutefois, nous devons également tenir compte à cet égard du quatrième facteur, soit les mises en garde adressées par la juge au jury. Je suis d'avis que, dans les circonstances, tout doute relatif à l'iniquité ou à l'apparence d'iniquité du procès s'estompe lorsque nous nous attardons à la réparation qu'a choisie la juge du procès après s'être rendu compte de la divulgation de la transcription irrégulière au jury. À plusieurs reprises, la juge a expliqué au jury qu'il ne devait tenir compte que de ce qu'il avait vu ou entendu au cours de l'instance. Elle a même précisé aux jurés qu'ils devaient faire abstraction de tout autre élément dont ils auraient pris connaissance à la lecture de la transcription qui leur avait été remise. Après qu'on leur eut retiré la transcription irrégulière, la juge a adressé une mise en garde aux jurés en des termes clairs et non équivoques :

[TRADUCTION] Membres du jury, il a été porté à mon attention que la transcription qui vous a été distribuée aujourd'hui comprend des propos qui ont été tenus en votre absence, et il s'agit de propos qui ne vous ont pas été soumis en preuve de façon appropriée.

Comme je vous l'ai indiqué dans mon exposé, vous ne devez fonder votre décision que sur les pièces et sur les dépositions des témoins auxquelles vous avez assisté en personne, et sur rien d'autre. Je ne vous dirai jamais assez que votre décision doit être fondée uniquement sur ce que vous avez entendu des témoins et sur la preuve qui a été produite.

Je vous ai retiré la transcription dont vous disposiez. Nous sommes en train de préparer une transcription corrigée, qui vous sera distribuée dès qu'elle sera prête.

Une fois encore, s'il vous plaît, gardez à l'esprit, lorsque vous délibérerez, que vous ne devez tenir compte que de ce qui a été soumis en votre présence, et de rien d'autre, et, s'il vous plaît, si vous avez pris connaissance

have read that wasn't before you, I urge you to put it out of your mind completely.

The next day, she warned them again in the following terms:

We're now in a position to give you clean copies of all of the transcripts. And before I do so, I again wish to urge you to remember the oath you took to render a true verdict based only on the evidence that was before you. I'm not certain whether you read anything that was in the transcripts that wasn't before you properly, but if you did, please put it out of your mind and look deep into yourself and make sure that you render a verdict based only on what was properly before you, that is the witness testimony and the exhibits that were filed in this case.

Finally, the final charge to the jury contained the following remarks:

You will recall that during the course of my preliminary remarks to you at the commencement of these proceedings, I advised you that you are the sole judges of the facts in this case. You were sworn to bring in a true verdict according to the evidence. That means that you should only consider the testimony and the exhibits which have come before you at this trial. You must put out of your minds all prejudice against the accused and all sympathy for the deceased, which you may have, or anything which you may have heard or read or seen apart from the actual evidence that was given by the witnesses under oath in the witness box, exhibits admitted as evidence and admissions of facts made by counsel.

124

The appellant before this Court attempted to downplay the importance of these warnings by pointing out that the jurors were not warned specifically what extracts they should ignore. Given the possibility that the jurors might not have read them, telling them which extracts she was referring to would most likely have done more harm than good. Thus, it was appropriate not to tell them more than needed about the contents of these extracts. If one of the jurors ever read the problematic passages, then the carefully worded warnings given by the trial judge were sufficient to ensure that no prejudice was caused

à la lecture de la transcription de quelque chose qui ne vous avait pas été soumis, je vous exhorte à l'oublier totalement.

Le lendemain, la juge a adressé au jury une autre mise en garde formulée comme suit :

[TRADUCTION] Nous sommes maintenant en mesure de vous donner des copies épurées de toute la transcription. Et avant de vous les distribuer, je veux encore une fois vous rappeler que vous avez prêté serment de rendre un verdict impartial fondé uniquement sur la preuve qui vous a été soumise. Je ne sais pas si vous avez lu quelque chose dans la transcription qui ne vous avait pas été soumis en bonne et due forme, mais si c'est le cas, veuillez en faire abstraction, interrogez-vous et assurez-vous que vous rendez un verdict fondé uniquement sur ce qui vous a été soumis en bonne et due forme, soit la déposition des témoins et les pièces qui ont été produites en l'espèce.

Enfin, l'exposé final au jury contenait les remarques suivantes :

[TRADUCTION] Vous vous rappellerez que, dans les remarques préliminaires que je vous avais adressées au début de l'instance, je vous avais avisés que vous étiez les seuls juges des faits dans cette affaire. Vous avez prêté serment de rendre un verdict impartial fondé sur la preuve. Cela signifie que vous ne devez considérer que les dépositions et les pièces qui vous ont été soumises lors du procès. Vous devez faire abstraction de tout préjugé contre l'accusé et de toute sympathie que vous éprouveriez envers la défunte, ou de tout ce que vous avez pu entendre ou lire ou voir en dehors de la preuve concrète donnée par les témoins assermentés à la barre des témoins, des pièces admises en preuve et des faits admis par les avocats.

Devant notre Cour, l'appelant a tenté de minimiser l'importance de ces mises en garde en soulignant qu'on n'avait pas indiqué précisément aux jurés les extraits qu'ils devaient écarter. Étant donné la possibilité que les jurés n'aient pas lu ces extraits, le fait de leur indiquer à quels extraits la juge faisait référence aurait très vraisemblablement été plus dommageable que bénéfique. Il convenait donc que la juge n'en dévoile pas plus aux jurés que ce qu'ils avaient besoin de savoir sur le contenu de ces extraits. Si l'un des jurés a effectivement lu les passages posant problème, les mises en garde aux mots soigneusement choisis que la juge du procès a faites

to the appellant and that the trial did not appear unfair.

I am satisfied that no “miscarriage of justice” within the meaning of s. 686(1)(a)(iii) of the *Code* has occurred. It is therefore not necessary to examine whether the conviction could be saved under the curative proviso in s. 686(1)(b)(iv) of the *Code*.

V. Order

I would dismiss the appeal and confirm the conviction of the appellant for first degree murder.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Martin Glazer Law Office, Winnipeg.

Solicitor for the respondent: Manitoba Justice, Winnipeg.

suffisaient à garantir qu’aucun préjudice ne serait causé à l’appelant et que le procès ne paraîtrait pas inéquitable.

Je suis convaincu qu’aucune « erreur judiciaire » au sens du sous-al. 686(1)a)(iii) du *Code* n’a été commise. Il n’est donc pas nécessaire de déterminer si la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)b)(iv) du *Code* aurait permis de confirmer la déclaration de culpabilité.

V. Ordonnance

Je suis d’avis de rejeter le présent pourvoi et de confirmer la déclaration de culpabilité de l’appelant pour meurtre au premier degré.

Pourvoi rejeté.

Procureur de l’appelant : Martin Glazer Law Office, Winnipeg.

Procureur de l’intimée : Justice Manitoba, Winnipeg.

125

126